

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DO CURSO DE DIREITO**

ANANDA OLIVEIRA BARROS

**MANDADO DE INJUNÇÃO: CURA PARA A SÍNDROME DA INEFETIVIDADE
DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS?**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

CACOAL/RO

2016

ANANDA OLIVEIRA BARROS

**MANDADO DE INJUNÇÃO: CURA PARA A SÍNDROME DA INEFETIVIDADE
DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS?**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para grau final de bacharel em Direito elaborada sob a orientação do Professor Mestre Gilson Tetsuo Miyakava.

CACOAL/RO

2016

Barros, Ananda Oliveira.

B277m Mandado de injunção: cura para a síndrome da inefetividade das normas constitucionais? / Ananda Oliveira Barros – Cacoal/RO: UNIR, 2015.

73 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.

Orientador: Prof. Me. Gilson Tetsuo Miyakava.

1. Direito constitucional. 2. Normas constitucionais. 3. Inefetividade. 4. Separação de poderes. I. Miyakava, Gilson Tetsuo. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 342

ANANDA OLIVEIRA BARROS

**MANDADO DE INJUNÇÃO: CURA PARA A SÍNDROME DA INEFETIVIDADE
DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS?**

Esta monografia foi julgada aprovada para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia – UNIR – Campus de Cacoal, mediante apresentação à Banca Examinadora, formada por:

Professor M.e Gilson T. Miyakava – UNIR - Presidente

Professor M.e Afonso Maria das Chagas– UNIR - Membro

Professor Esp. Jonatas Siviero – UNIR - Membro

Cacoal/RO, ____ de fevereiro de 2016.

Dedico esta produção acadêmica a Deus que me capacitou
nessa árdua tarefa e aos meus amados pais Meire e
Edvaldo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela perfeição de suas obras, por seu imensurável amor e misericórdia para com minha vida.

Aos meus pais, Meire e Edvaldo, por depositarem confiança em minhas decisões e por investirem em meus sonhos. Agradeço especialmente à minha amada mãe por todo amor e carinho desprendidos, principalmente nessa última etapa do curso. Agradeço aos meus irmãos que suportaram moderadamente meus dias de estresse e agitação.

Faço menção aos meus amigos mais chegados que irmãos: Angela, por ser uma segunda mãe para mim, com todo o seu cuidado e disposição e Flávia, por ser a irmã que eu tive a oportunidade de conviver.

Não poderia deixar de agradecer ao senhor Carlos Damião (“Carlitos”), por prestar seus serviços, não só como motorista, mas como um amigo. Que a proteção de Deus continue sobre você nessas estradas.

Aos meus colegas de ônibus, que com bom humor, compartilham das mesmas dificuldades de morar em uma cidade e estudar em outra, deixo palavras de ânimo para que persistam e tenham sucesso nessa jornada diária nada fácil.

Ao meu orientador, Gilson Tetsuo Miyakava, a quem admiro pela simplicidade e profissionalismo, agradeço pela prontidão em me acolher como orientanda, sendo sempre solícito e paciente em suas orientações. Obrigada pela atenção e tempo desprendidos.

Consigno também meus agradecimentos ao corpo docente, por seus esforços em superar diariamente as barreiras estruturais e institucionais, para o cumprimento de seu nobre papel na formação de mais uma turma de direito no campus de Cacoal/RO.

Por fim, porém não menos importante, agradeço às amizades concebidas na constância do curso, especialmente à Daiane, Lucas, Ozeias, Izabela Carol e Jéssica. A todos os colegas de sala desejo sucesso como profissionais, certamente me lembrarei do aprendizado, das risadas e dos sufocos que passamos juntos.

"Juízes, não sois máquinas! Homens é o que sois!"
(Charles Chaplin, "O Último Discurso").

RESUMO

O mandado de injunção surgiu na Constituição de 1988, como instrumento no controle difuso do controle da constitucionalidade por omissão no combate à “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”, para viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania, em razão da falta de norma regulamentadora. Todavia, desde sua concepção até a atualidade a ação não foi compreendida em sua totalidade, gerando divisões na doutrina e Tribunais, sobre diversos aspectos, especialmente quanto à natureza e efeitos de sua decisão, cujas discussões permeiam a violação da harmonia entre os poderes. Dessa forma o trabalho, busca compreender a relação do mandado de injunção na efetivação das normas constitucionais e os obstáculos que mitigam sua atuação.

Palavras-chave: Normas constitucionais. Inefetividade. Mandado de injunção. Separação de Poderes.

ABSTRACT

The writ of injunction came in the 1988 Constitution as a tool in the diffuse control of the default constitutionality control to fight "syndrome ineffectiveness of constitutional norms," to facilitate the exercise of constitutional rights and liberties and the prerogatives inherent to nationality, sovereignty and citizenship, because of the lack of a regulatory provision. However, from its conception to the present action was not understood in its entirety, generating divisions in doctrine and courts on various aspects, especially on the nature and effects of its decision, whose discussions permeate the violation of harmony between the powers. Thus, the work seeks to understand the writ of injunction of execution in respect of constitutional norms and obstacles that mitigate its operations.

Keywords: Constitutional norms. Ineffectiveness. Writ of injunction. Separation of Powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	13
1.1 ASPECTOS GERAIS.....	13
1.2 CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO CONTEÚDO MATERIAL.....	15
1.2.1 Das normas constitucionais de organização.....	15
1.2.2 Das normas constitucionais definidoras de direitos	16
1.2.3 Das normas constitucionais programáticas.....	17
1.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS FORMAIS E MATERIAIS	17
1.4 DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	19
2 DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	22
2.1 DAS CLASSIFICAÇÕES QUANTO À EFICÁCIA.....	22
2.1.1 Das normas constitucionais de eficácia plena	25
2.1.2 Das normas constitucionais de eficácia contida	26
2.1.3 Das normas constitucionais de eficácia limitada	27
2.2 DA SÍNDROME DA INFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	29
3 DO MANDADO DE INJUNÇÃO	31
3.1 ORIGEM	31
3.2 PROCESSAMENTO, LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA	37
3.3 NORMAS PASSÍVEIS DE TUTELA PELO MANDADO DE INJUNÇÃO	40
3.4 MANDADO DE INJUNÇÃO VERSUS AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	45
3.5 DA NATUREZA E EFEITOS DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO	47
3.5.1 Da corrente não concretista	48
3.5.2 Da corrente concretista	50
3.6 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	53
3.7 DO MANDADO DE INJUNÇÃO E A SEPARAÇÃO DE PODERES	59

3.8 DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	72
OBRAS CONSULTADAS	75

INTRODUÇÃO

O fortalecimento do constitucionalismo brasileiro verificado por meio da Constituição de 1988, significou a conclusão da transição da ditadura para a democracia.

Nesse contexto, a aquisição de consciência da necessidade de efetivar a letra constitucional, em face das recorrentes omissões do Poder Público, o mandado de injunção surgiu como um instrumento de garantia de tutela jurisdicional, nos casos de persistência de violação omissiva de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrente de falta de norma regulamentadora.

Todavia, o referido mandado acabou se tornando objeto de grandes embates jurídicos entre a doutrina e os tribunais, sobretudo pela atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), dado o desconhecimento sobre seus contornos e potencialidades, tendo em vista que sequer possui lei própria que o regule.

O Poder Judiciário, instado a responder inúmeras questões sobre a ação, adotou inicialmente uma interpretação acanhada a respeito da finalidade e alcance do Mandado de Injunção, proferindo decisões com efeitos meramente declaratórios, tal qual da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sob o argumento de que atribuir efeitos concretos à decisão injuncional, constituiria ofensa à Separação de Poderes.

Diante disso, o instrumento processual constitucional que deveria, em tese, ser meio apto a combater a falta de efetividade das normas constitucionais, acabou se tornando outro problema cuja solução ainda é um tanto obscura.

Verificando as recentes mudanças jurisprudenciais com relação à concretização de direitos conferida pelo Poder Judiciário por meio do mandado de injunção, busca-se analisá-lo como instrumento capaz de efetivar a Constituição Federação em face da teoria da Separação de Poderes à luz da teoria dos freios e contrapesos, dos princípios e hermenêutica constitucionais.

O objetivo geral do estudo busca compreender as potencialidades do Mandado de Injunção como instrumento hábil à concretização de direitos constitucionalmente previstos, mas obstados pela falta de norma integrativa que os regule.

Os objetivos específicos materializaram-se no sentido de estudar os aspectos gerais das normas constitucionais, verificar a existência de normas e os diferentes graus de eficácia e aplicabilidade por elas produzidas; compreender o fenômeno da “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”; estudar as peculiaridades do Mandado de Injunção como remédio constitucional direcionado a combater a inefetividade das normas; identificar, com

base na jurisprudência pátria, a natureza e os efeitos das decisões proferidas em mandado de injunção, em face do sistema jurídico da Separação de Poderes à luz teoria dos freios e contrapeso e da hermenêutica constitucional.

A metodologia científica utilizada para se chegar à possível resposta do problema do presente estudo, caracteriza-se pela adoção do método dedutivo, partindo-se da lei posta no ordenamento jurídico que prediz a ocorrência de fenômenos particulares. Também foi utilizado o método dialético que adentra no mundo dos fenômenos, por meio da tese e antítese (MARCONDI; LAKATOS, 2003).

Buscou-se utilizar como método interpretativo a dogmática, apoiando-se em normas e fundamentos que orientam o direito constitucional.

O trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, onde se buscou subsídios em livros, publicações especializadas, artigos e dados oficiais publicados na Internet, que abordam o tema.

No primeiro capítulo buscou-se compreender alguns aspectos das normas constitucionais, verificando-se que apresentam diferenças entre si, o que faz da Constituição Federal de 1988 um sistema complexo de princípios e regras, servindo como nota introdutória à temática.

O segundo capítulo, abordou a eficácia das normas constitucionais e as consequências dessa eficácia no mundo jurídico, constatadas em diferentes graus e aspectos. Ainda foi possível estudar “a síndrome da inefetividade das normas constitucionais” como um fenômeno.

Ademais no capítulo terceiro, foi possível tratar a fundo da problemática enfrentada pelo mandado de injunção. Sobre o instituto processual foram abordadas as discussões de sua concepção e comparação com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, até as questões que envolvem sua finalidade, tendo em vista as várias teorias que circundam sua natureza e efeitos, relacionando suas consequências no mundo jurídico, visando chegar à confirmação ou não do problema.

1 DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O presente capítulo propõe-se a compreender alguns aspectos das normas constitucionais eleitos como mais importantes para o desenvolvimento de um raciocínio coerente e mais completo possível do problema proposto, servindo como nota introdutória à temática que se pretende discutir ademais.

1.1 ASPECTOS GERAIS

O Direito é uma ciência social, que busca a criação de sistemas ideais, de modo que não necessariamente prescreve como um determinado objeto é, mas como ele deve ser. Assim entende Luís Roberto Barroso (2009), que as normas jurídicas são a forma de expressão do Direito, o seu objeto, manifestando-se por meio de prescrições, mandamentos e determinações cuja destinação tem por finalidade introduzir ordem e justiça na vida social.

No percurso do século XX operou-se uma mudança de paradigma da norma constitucional, que passou a ter o status de norma jurídica, superando-se a visão de que a Constituição não passava de documento essencialmente político.

Diante disso Barroso (2009, p. 197) aponta algumas consequências relevantes, que decorreram do reconhecimento do caráter jurídico às normas constitucionais, tais como:

[...] a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais; b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunais constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais; c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida.

Ademais, verifica-se que as normas constitucionais não diferem muito das normas jurídicas em geral. No entanto algumas características destacadas por Barroso (2009) as tornam singulares, tais como, sua posição no sistema, a natureza da linguagem que utilizam, seu conteúdo específico e sua dimensão política.

As normas constitucionais ocupam um lugar de primazia com relação às demais normas jurídicas, cujo fundamento se assenta no postulado da supremacia da constituição, em que nenhuma norma deve subsistir se contrária à Constituição.

Assim, já entendia Hans Kelsen (1979) em sua difundida obra “Teoria pura do Direito”, que as normas jurídicas necessitam de um pressuposto de validade para existirem, que por sua vez devem ser precedidas de outra norma cujo preceito não é posto, mas pressuposto e se manifesta por uma norma fundamental, de cujo pressuposto de validade decorrem as demais normas. Vejamos:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos por tomar em conta apenas a ordem jurídica estadual (estatal), a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. (p.310).

Outrossim, Eduardo Cambi (2009, p. 204, grifo do autor) discorre a respeito do princípio da supremacia da Constituição, acrescentando que:

Negar o princípio da supremacia da Constituição seria permitir que o poder delegado, pelo povo soberano, aos seus governantes, poderia ir além dos termos do mandato a estes outorgado. Seria o mesmo que sustentar que o mandatário superior ao mandante, que os empregados (servidores) são superiores aos seus empregadores [...] A constituição não é apenas uma norma de maior estrutura hierárquica do ordenamento jurídico (lex superior). É, sobretudo, o conjunto de normas que regula o *processo formal* de criação das demais normas jurídicas, e; mais importante, prevê os valores, os princípios e as limitações para o conteúdo da legislação infraconstitucional.

A singularidade na linguagem utilizada pelas normas constitucionais exprime-se pela predominância de cláusulas gerais. A constituição agrega um significativo contingente de normas “abertas”, que transferem ao intérprete da lei a incumbência da resolução dos conflitos e criação de direitos. Tal característica permite que ao texto constitucional sejam incorporados novos sentidos e valores, evitando que seu sentido seja aprisionado a um contexto histórico.

Com efeito, a Constituição é feita para reger o destino de um País por tempo indefinido, superando incertezas e crises futuras; por tal razão, a linguagem do texto constitucional deve ser propositalmente vaga e geral, a fim de permitir a necessária adaptação. É dizer, uma Constituição deve conter normas abertas para ter a

possibilidade de acompanhar, respeitados os valores fundamentais, a evolução da sociedade, tornando-se, assim, um instrumento democrático (CURY, 2005, p. 47-48).

Com relação ao conteúdo das normas constitucionais, muitas delas possuem finalidade, estrutura, objeto e sentido formal específicos. Destaca-se que grande parte dessas normas não são descritivas de condutas, mas apresentam-se como normas de organização. As normas constitucionais de conduta ora dividem-se em definidoras de direitos, ora materializam-se sob a forma de disposições programáticas.

Por fim, anota Barroso (2009) que a dimensão política das normas constitucionais se manifesta como o diálogo do fato político com a norma jurídica, de modo que algumas questões jurídicas não podem ser dissociadas do caráter político como é verificado nos conceitos de Estado democrático de direito, soberania popular e separação de Poderes.

1.2 CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO CONTEÚDO MATERIAL

Adentrando ao conteúdo material das normas constitucionais, Luís Roberto Barroso (2009) as divide em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas, objeto de estudo dos tópicos seguintes.

1.2.1 Das normas constitucionais de organização

As normas constitucionais de organização segundo a classificação de Barroso (2009, p. 200-201) têm por objeto a estruturação e disciplina do exercício do poder político, dirigindo-se aos próprios Poderes dos Estados e aos seus agentes. Incluem-se como normas de organização aquelas que,

Veiculam decisões políticas fundamentais, como a forma de governo, a forma de Estado e o regime político, a divisão orgânica do poder ou o sistema de governo; definem as competências dos órgãos constitucionais e das entidades Estatais; criam órgãos públicos, autorizam sua criação, traçam regras à sua composição e ao seu funcionamento; e estabelecem normas processuais ou procedimentais: de revisão da própria Constituição, de defesa da Constituição, de elaboração legislativa, de fiscalização.

Desse modo, as normas constitucionais de organização vão além de apenas estruturar o Estado e organizá-lo, tais normas desempenham o importante papel na própria na defesa da

Constituição, pois sem a devida organização não há como se promover o disposto constitucionalmente.

1.2.2 Das normas constitucionais definidoras de direitos

As normas constitucionais definidoras de direitos são aquelas que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o destinatário da norma no poder de exigir prestações positivas ou negativas por parte do Estado.

Os direitos subjetivos são divididos por Barroso (2009,) em direitos individuais, direitos políticos, direitos sociais e direitos difusos. Segundo ele os direitos individuais estão em sua grande maioria agrupados nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal. Os direitos políticos concentram-se nos artigos 12 a 17 da Constituição, a título de exemplo cita-se o artigo 14 do citado dispositivo legal que assim preceitua “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante [...]”.

Os direitos sociais apresentam-se em boa parte no artigo 6º da Constituição Federal, tal qual se enuncia “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”; sendo também encontrados em outros dispositivos ao longo do texto constitucional.

Os direitos difusos são na verdade espécie do gênero dos direitos coletivos, conforme explica Barroso (2009, p. 202):

Os direitos coletivos propriamente ditos não se diferenciam muito de um simples conjunto de direitos individuais: são aqueles titularizados por uma pluralidade determinada ou determinável de pessoas, como os membros de um clube ou as vítimas de um acidente. Já os direitos difusos são titularizados pela coletividade em geral ou por uma pluralidade indeterminada de pessoas. Exemplos de direitos difusos são: a proteção do patrimônio cultural e do meio ambiente. Vejam-se os seguintes artigos da CF/88: ‘Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro: os bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)’; ‘Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações’ (p. 202).

Insta salientar que, nos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

1.2.3 Das normas constitucionais programáticas

Diferente das normas constitucionais definidoras de direitos as normas constitucionais programáticas não instituem direitos subjetivos exigíveis de em sua feição positiva, mas o fazem em sua versão negativa. Melhor dizendo, Barroso (2009, p. 202) explica que:

[...] as normas constitucionais programáticas traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos (...) por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas.

Sobre o tema Celso Ribeiro Bastos (1999) aduz que as normas programáticas são aquelas não integralmente aplicáveis de imediato, prevendo diretivas sociais e democráticas, remetendo-as quase sempre ao legislador.

Como exemplo dessas normas programáticas citam-se “as regras que preconizam a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), o apoio à cultura (art. 215), o fomento às práticas desportivas (art. 217), o incentivo à pesquisa (art. 218), dentre outras” (BARROSO, p. 202).

1.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS FORMAIS E MATERIAIS

Feitas essas considerações sobre as características das normas constitucionais e seu conteúdo material, impende fazer uma breve distinção entre normas constitucionais materiais e formais. Consoante Leo Van Holthe (2009) as primeiras são aquelas que mesmo não estando propriamente no corpo da Constituição, versam sobre matérias essencialmente constitucionais, a exemplo da organização do Estado e do sistema e forma de governo. Por outro lado as formais são aquelas, que independente do conteúdo sobre o qual versam, a elas é conferido o *status* de norma constitucional simplesmente pelo fato de compor o texto da Constituição.

No mesmo propósito José Afonso da Silva (2004, p. 46, grifo do autor) faz a distinção entre normas de direito constitucional material e formal:

[...] são normas de *direito constitucional material* aquelas que versam sobre a estrutura do Estado, funcionamento de seus órgãos, direitos e deveres dos cidadãos; e são normas de *direito constitucional formal* todas as prescrições que o poder constituinte inseriu numa constituição rígida, pouco importando sua natureza material.

Observa-se que o sistema constitucional brasileiro pauta-se no conceito formal das normas constitucionais, um exemplo icônico é o artigo 242, §2º, da Constituição Federal¹, que não é dotado de nenhum conceito constitucional, mas tão somente possui *status* de norma constitucional por achar-se no texto formal da Constituição.

O entendimento do Superior Tribunal Federal é no sentido de que somente é norma constitucional aquela aprovada com observância da formalidade constitucional.

Segundo Van Holthe (2009) aduz, boa parte da doutrina coaduna com a possibilidade de se reconhecer normas constitucionais que não estejam propriamente na Constituição Federal, independente de seu reconhecimento formal, como os tratados de direitos humanos, tendo em vista a disposição do art. 5º, §2º, CF/88², por serem normas materialmente constitucionais.

Com relação à temática Barroso (2009, p. 202-203) é pontual ao dizer que:

[...] as Constituições contemporâneas, em razão de fatores diversos, fazem incluir em seus textos inúmeras normas que não têm conteúdo constitucional, vale dizer, não organizam o poder político, não definem direitos fundamentais, nem tampouco estabelecem princípios fundamentais ou fins públicos relevantes. Essas normas que aderem à Constituição sem tratar de matéria constitucional dizem-se normas apenas formalmente constitucionais. Esta é, de resto, uma das patologias da Constituição brasileira de 1988, na qual se constitucionalizaram inúmeras questões que deveriam ter sido relegadas à legislação infraconstitucional, isto é, ao processo político ordinário e majoritário. Tal fato traz em si inconveniências diversas, restringindo desnecessariamente as decisões majoritárias e atravancando providências indispensáveis à evolução social e normativa.

Pfeiffer (1999), ao tratar da rigidez constitucional brasileira afirma ser esta a manifestação latente que mais caracteriza como norma superior do sistema jurídico brasileiro, tornando inútil a distinção entre normas constitucionais formais e materiais, já que todas elas vinculam o Poder Público.

Os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, também são parte integrante da Constituição. Editadas pelo legislador constituinte, possuem o mesmo valor jurídico que as demais normas constitucionais, no entanto elas se diferenciam por seu caráter transitório, regulando situações específicas, que com seu cumprimento, são exauridas, perdendo aplicação futura (SILVA, 2008). São em regra de eficácia plena de aplicabilidade imediata, todavia

¹ Art. 242, § 2º. O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

² Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

alguns dispositivos remetem à legislação complementar como os artigos 49, 50 e 62, todos da ADCT.

Portanto são normas constitucionais o texto originário da Constituição de 1988, as emendas constitucionais e os tratados internacionais aprovados nos termos do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal³.

1.4 DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Um ponto que muito interessa à hermenêutica jurídica das normas constitucionais reside na compreensão dos princípios e das regras, bem como sua distinção. Conforme preceitua Pedro Lenza (2013) regras e princípios são espécies normativas, não guardando entre si ordem hierárquica, tendo em vista a unicidade da Constituição.

Luís Roberto Barroso (2009) coaduna tal entendimento ao afirmar que a atribuição evolutiva de normatividade aos princípios representa um ponto essencial ao desenvolvimento do atual pensamento jurídico. Acrescenta ainda que:

Os princípios - notadamente os princípios constitucionais - são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito. (BARROSO, 2009, p. 203-204).

Ainda, consoante Barroso (2009), a partir dos estudos desenvolvidos por Ronald Dworkin e Robert Alexy, os princípios e regras podem ser distinguidos seguindo alguns critérios que dizem respeito ao seu conteúdo, estrutura normativa e aplicação.

Com relação ao conteúdo os princípios expressam conceitos eminentemente políticos tais como República, Estado democrático de Direito; valores éticos como a dignidade da pessoa humana e diretrizes que traçam fins públicos a serem alcançados como a erradicação da pobreza por exemplo. As regras, por sua vez, apresentam-se por meio de comandos objetivos que expressam diretamente um preceito, condutas permissivas ou proibitivas, manifestando-se por vezes como a concretização de fins públicos e valores éticos.

No tocante à estrutura normativa, os princípios são normas que buscam estados ideais sem necessariamente estabelecer ou especificar os caminhos para sua concretização, sendo

³ Art. 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

possível alcançar a aplicação de determinado princípio por meios diversos. Já as regras são predominantemente descritivas de condutas, reduzindo-se significativamente os caminhos possíveis para sua concretização (BARROSO, 2009).

Quanto ao modo de aplicação as regras são comandos definitivos e devem incidir dentro da sua hipótese normativa na modalidade do “tudo ou nada”, não sendo a regra aplicada, caracterizada estará a sua violação, deixando apenas de ser aplicada se for excepcionada ou deixar de ser válida por meio de outra regra. Os princípios, por sua vez, apontam valores, são diretrizes que podem ser aplicadas em sentidos diversos, gerando, inclusive, conflitos com outros princípios, a exemplo do frequente impasse entre o direito de liberdade de expressão e o direito à privacidade. Tendo em vista que princípios não possuem hierarquia entre si e são dotados de mesmo valor jurídico, o conflito entre eles muitas vezes não pode ser resolvido num plano abstrato, mas à luz dos elementos que compõem o caso concreto, cabendo ao intérprete da lei proceder à ponderação do princípio que melhor se adequa ao fato. Os direitos fundados em princípios são ditos *prima facie*, pois poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível. Barroso (2009, p. 209-210) conclui:

Por fim, a diferença de papéis entre as regras e os princípios, no plano político-ideológico, implica reavivar as duas grandes funções desempenhadas pela Constituição em um Estado democrático de direito: (i) proteger valores fundamentais e consensos básicos contra a ação predatória das majorias e (ii) garantir o funcionamento adequado da democracia e do pluralismo político. A proteção dos consensos é feita por meio de regras - âmbito no qual se situa o núcleo essencial dos princípios -, ficando limitada, em sua interpretação, quer a ação do legislador quer a de juízes e tribunais. Já o pluralismo político se manifestará na escolha, pelas majorias de cada época, dos meios que serão empregados para a realização dos valores e fins constitucionais - i.e., dos princípios - em tudo que diga respeito à sua parte não nuclear.

Nesse diapasão, Eduardo Cambi (2009, p. 90-91, grifo ao autor) também aborda algumas diferenças entre tais normas:

Os princípios não dizem, diretamente como se deve agir, podendo ser aplicados, tão somente, diante de situações concretas. Diferentemente das regras, não possuem *suporte fático*, tendo significado operativo apenas frente a determinado caso concreto, vale dizer, não podem ser concebidos em abstrato e seu alcance somente pode ser entendido em razão dos casos concretos [...] Os princípios são *mandamentos* (ou comandos) de *otimização*. Jamais podem ser realizados completamente (v.g., não há como promover a integralidade da dignidade da pessoa humana, ou da boa-fé, ou da liberdade, ou da igualdade etc;) e, mais, podem ser concretizados de modos diferentes, dependendo das diferentes ações concretas a serem adotadas. Em outras palavras os princípios são constituídos por um conjunto aberto de condutas, tendo um componente representacional altamente complexo.

Tal assertiva remete ao dito anteriormente com relação à abertura normativa característica de algumas das normas constitucionais, que se apresentam como princípios cuja aplicabilidade é relativamente indeterminada, sendo possível dimensionar suas possibilidades jurídicas e fáticas de aplicação quando se apresentam no caso concreto (CAMBI, 2009).

Dito isso, percebe-se que as regras e princípios desempenham papéis diferentes não só no corpo do texto constitucional, mas principalmente no direcionamento da atuação do intérprete ao decidir e/ou aplicar direitos.

Por fim, conhecidos alguns de seus aspectos gerais e introdutórios, importante se mostra adentrar num campo de maior complexidade: a eficácia da norma constitucional.

2 DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Tão importante quanto compreender as normas constitucionais, é estudar a sua eficácia. Michel Temer (2008, p. 25) aduz que “todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia”, distinguindo-as quanto à sua eficácia social e eficácia jurídica. A eficácia social é verificada na norma vigente que é capaz de ser aplicada a casos concretos. Já a eficácia jurídica ocorre com a simples edição da norma, sendo esta apta a produzir efeitos jurídicos sobre outras normas, bem como aptidão para produzir efeitos no caso concreto.

Segundo José Afonso da Silva (2008) a eficácia jurídica da norma afere sua qualidade de produzir, em diferentes graus, efeitos jurídicos.

Barroso (2009) afirma que os estudos a respeito da eficácia das normas constitucionais, dedicaram-se, essencialmente, à sua eficácia jurídica, levando à conclusão de que todas as normas a possuem em diferentes graus, e que são aplicáveis nos limites de seu teor objetivo.

No entanto, afirma também, que boa parte da doutrina não teve o zelo de buscar compreender “[...] se os efeitos potenciais da norma se produzem de fato. O Direito existe para realizar-se e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não pode ser estranha ao seu objeto de interesse e de estudo” (BARROSO, 2009, p. 216).

Analisando a norma sob o prisma da efetividade ou eficácia social da norma, Barroso (2009), afirma ainda, que a ideia de efetividade se traduz no cumprimento da norma, de sua aplicação e observância na conduta humana.

Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 2009, p. 220, grifo do autor).

Diante disso, observa-se a complexidade do assunto, que possui aspectos através dos quais se pode analisar a eficácia da norma constitucional, que doravante serão abordados sob ótica de alguns estudos teóricos à respeito da classificação dessas normas.

2.1. DA CLASSIFICAÇÃO QUANTO À EFICÁCIA

Antes da classificação tricotômica das normas constitucionais moldada por José Afonso da Silva, muito foi discutido sobre o assunto quando aportou ao Brasil a teoria norte-americana das normas constitucionais “*self-executing provisions*” e “*not self-executing*”

provisions” encabeçada por Thomas M. Cooley, que as classificou sob a perspectiva de sua aplicabilidade. Assim, expõe Luís Roberto Barroso (2009):

Autores brasileiros, de longa data, dedicam atenção à temática da eficácia das normas constitucionais, isto é, à sua aptidão para produzir efeitos jurídicos. A questão envolve a identificação das situações nas quais a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata e aquelas em que isso não ocorre. Nos primórdios da República, Ruy Barbosa reproduziu e adaptou a doutrina norte-americana na matéria, dividindo as normas constitucionais em autoaplicáveis (*self executing*) e não autoaplicáveis (*non self executing*). O tratamento era claramente insatisfatório”, mas a problemática, a bem da verdade, jamais chegou a ser crucial nos Estados Unidos, à vista da tradição normativa e judicialista que desde a primeira hora marcou o constitucionalismo daquele país. (p. 212).

Ademais, tal classificação das normas em autoaplicáveis e não autoaplicáveis demonstrou-se insuficiente, não correspondendo à realidade do constitucionalismo brasileiro. Dessa forma, a visão dualista da aplicabilidade das normas constitucionais não conseguiu se enraizar no entendimento doutrinário pátrio, passando logo a ser superado por outras fontes teóricas.

Muitas são as classificações que permeiam o tema da eficácia das normas constitucionais. Diante disso, vários autores da seara constitucional se debruçaram sobre o estudo emblemático da eficácia das normas constitucionais, dentre tais estudos, pode-se citar a quadripartida classificação esquadrinhada por Maria Helena Diniz.

Diniz (1997 apud LENZA, 2013) se baseou pela questão da intangibilidade e pela produção de efeitos concretos da norma classificando-as em: normas supereficazes ou com eficácia absoluta, normas de eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível, normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa.

Segundo essa teoria as normas supereficazes são aquelas que não podem ser objeto de emenda, possuindo força intangível diante de qualquer outra legislação que lhe contrarie, tais normas são encontradas principalmente entre os direitos fundamentais e cláusulas pétreas. As normas de eficácia plena são aquelas que possuem todos atributos para imediata produção dos efeitos pretendidos pela norma. As normas com eficácia relativa restringível não possuem aplicabilidade imediata até que sobrevenha lei que a restrinja. As normas com eficácia relativa complementável dependem de lei complementar ou ordinária para viabilizar o exercício de certos direitos.

Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto (1982 apud BASTOS, 1999) classificaram as normas constitucionais em normas de aplicação e normas de integração. As primeiras, explicou o autor, são aquelas de aplicação imediata, sem necessidade de lei intermediária. A

segunda espécie, por sua vez, apresenta um “espaço” entre o propósito da norma e seus efeitos, fazendo-se necessário a interposição de outra norma conferindo-lhe sentido. As normas de integração subdividem-se em completáveis, que se caracterizam pela existência de lacunas inerentes aos elementos que a tornam uma norma jurídica completa, sendo sua vontade normativa passiva de acréscimo por via ordinária; e as restringíveis, que são compostas de normas que admitem restrição em seu campo de incidência, por meio de legislação inferior.

Sem prejuízo das demais denominações e divisões eleitas pelas mais diversas doutrinas, a tricotômica classificação das normas constitucionais desenvolvida por José Afonso da Silva, estuda a norma constitucional quanto a sua eficácia e aplicabilidade.

Nesse sentido José Afonso da Silva (2008, p. 60) define a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais, correlacionando-as:

Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.

Continua Silva (2008, p. 66, grifo do autor), conceituando a eficácia da norma como sendo:

[...] a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a *eficácia jurídica* da norma designa a *qualidade de produzir; em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular; desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita*; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executividade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.

Assim, demonstra-se que todas as disposições constitucionais possuem estrutura lógica e sentido de normas jurídicas, que por vezes vinculam sujeitos atribuindo-lhes direitos e

obrigações, mas também criam situações de vantagem e de vínculo ou desvantagem. Para sua aplicabilidade as normas constitucionais devem observar algumas condições essenciais.

Sociologicamente, pode-se dizer que as normas constitucionais, como outras, são eficazes e aplicáveis na medida em que são efetivamente observadas e cumpridas. Juridicamente, no entanto, a aplicabilidade das normas constitucionais (também de outras) depende especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas, se têm eficácia. A ocorrência desses dados constitui condição geral para a aplicabilidade das normas constitucionais. (SILVA, 2008, p. 52).

Conforme já dito anteriormente, José Afonso da Silva (2008) parte da premissa de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, mas nem todas são dotadas da plenitude dos efeitos jurídicos que pretendeu o constituinte ao elaborar a norma, apresentando diferentes graus no que se refere aos efeitos jurídicos produzidos. Assim as normas constitucionais sob o prisma da tríplice classificação de José Afonso da Silva são afirmadas em três categorias quanto à sua eficácia e aplicabilidade, são elas: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Em síntese as normas de eficácia plena possuem “aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto que as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida” (SILVA, 2008, p. 83).

As normas de eficácia contida assemelham-se às normas de eficácia plena no que diz respeito à sua incidência imediata e à capacidade de produzir todos os efeitos queridos, no entanto tais normas preveem meios ou conceitos que mantêm contida sua eficácia em dadas circunstâncias ou limites.

Por sua vez as normas de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que não produzem seus efeitos no momento de sua incidência como norma, sendo insuficiente a normatividade atribuída pelo legislador constituinte, bem como necessária a atuação do legislador ordinário ou do ente estatal. Subdividem-se em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípio programático.

2.1.1 Das normas constitucionais de eficácia plena

As normas de eficácia plena, segundo Silva (2008), são aquelas que desde a entrada em vigor produzem ou estão aptas a produzir todos os efeitos pretendidos. Essencialmente estabelecem condutas jurídicas positivas ou negativas, com comando certo e definido. Por

esse motivo, muitas dessas normas apresentam-se como regras organizativas e limitativas do Poder Público

[...] são de eficácia plena as normas constitucionais que: *a)* contenham vedações ou proibições; *b)* confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; *c)* não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; *d)* não indiquem processos especiais de sua execução; *e)* não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados (SILVA, 2008, p. 101).

Nesse diapasão são de aplicabilidade imediata, porque carregam consigo os elementos essenciais à sua executoriedade. José Afonso cita como normas constitucionais de eficácia plena podem ser encontrados nos artigos 1º, 17, §4º, 44, 45, 226, §1º etc.

Consoante Ingo Wolfgang Sarlet (2007) as classificações de Maria Helena Diniz e José Afonso da Silva, apesar de suas particularidades possuem similitudes, como o fato de apresentarem normas que, desde logo, são normativamente suficientes, dispensando intervenção legislativa para produção de seus efeitos.

2.1.2 Das normas constitucionais de eficácia contida

Conceitua José Afonso da Silva (2008, p. 116, grifo do autor) que as normas de eficácia contida são “*aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer [...]*”.

Por muitas vezes, essas normas, mencionarem legislação futura, podem ser objeto de confusão com as normas de eficácia contida. Ocorre que nas primeiras, consoante José Afonso da Silva (2008), a legislação futura a que se referem antes de lhe concederem completude, irá restringi-la. Assim a identificação dessas normas apresentam conceitos largamente difundidos no direito público, como nas expressões “[...] *ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo iminente* etc [...]” (SILVA, 2008, p. 103-104).

Silva (2008) aponta como características peculiares dessas normas afirmando que a menção expressa de intervenção de legislação futura se faz no âmbito de restringir determinada norma, que enquanto não for expedida gozará a norma de plenitude de efeitos, em via transversa do que ocorre nas normas de eficácia limitada, cuja intervenção normativa visa ampliar seus efeitos, levando-lhe à plena eficácia.

Desse modo as normas de eficácia contida, apresentam aplicabilidade direta e imediata e normalmente verifica-se a sua ocorrência entre normas que instituem direitos e garantias fundamentais, bem como em matérias variadas.

Edson Ricardo Saleme (2011) cita alguns exemplos típicos das normas, referendadas por Silva, podendo ser encontradas no artigo 5º da Constituição, no inciso VIII que assegura a liberdade religiosa, filosófica ou política, salvo se a utiliza para se eximir de obrigação legal, recusando-se a cumprir prestação alternativa, “fixada em lei” e a o inciso XIII do referido artigo, que estatui o livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

O sistema de contenção da eficácia de normas constitucionais se justifica em virtude de fins gerais, a fim de que a liberdade individual não prejudique os direitos dos demais, são, portanto “[...] regras e conceitos limitativos das situações subjetivas de vantagem” (SILVA, 2008, p. 116).

2.1.3 Das normas constitucionais de eficácia limitada

Com relação às normas constitucionais de eficácia limitada, José Afonso da Silva (2008) afirma que para surtir os efeitos pretendidos pelo legislador constituinte, a norma precisa que sejam tomadas outras providências.

O autor as subdividiu em dois tipos, quais sejam, as definidoras de princípio institutivo ou organizativo, chamadas de normas de princípio institutivo; e as definidoras de princípio programático, ou simplesmente denominadas normas de princípio programático.

A terminologia “normas constitucionais de princípio”, foi adotada em razão da concepção de que o termo “princípio” designa começo ou início “[...] isto é, são *normas que contêm o início ou esquema de determinado órgão, entidade ou instituição* (grifo do autor), deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para a lei complementar ou ordinária [...]” (SILVA, 2008, p. 119).

As normas constitucionais de princípio institutivo, consoante definição de Silva Silva (2008, p. 125, grifo do autor), são “[...] *aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei*”.

Ademais tais normas podem, ainda, ser impositivas ou facultativas. Nas impositivas, não há margem de discricionariedade para o legislador, ou seja, a edição da lei integrativa é obrigatória, como ocorre nos artigos 32, §4º “Lei federal disporá sobre a utilização, pelo

Governador do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar”; artigo 90, §2º “a lei regulará a organização e funcionamento do Conselho da República”; etc.

Nas facultativas ou permissivas, Silva (2008), afirma que a norma apenas dá ao legislador ordinário a possibilidade de regular a situação descrita, como ocorre no artigo 22, parágrafo único, “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”; no artigo 154, inciso I “A união poderá instituir: mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior [...]”.

Assim as normas de princípio institutivo são aplicáveis, independente de lei prevista, no entanto essa aplicabilidade será incompleta até a edição da lei integrativa.

As normas de princípio programático na doutrina de José Afonso da Silva (2008, p. 138, grifo do autor) são normas constitucionais por meio das quais o legislador constituinte traçou princípios “[...] *para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*”. Dessa forma, os meios para se alcançar determinado interesse veiculado por tais normas, não foi direta e imediatamente determinado.

I – São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do poder econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia. II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em primeiro, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências. III – São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos [...]” (SILVA, 2008, p. 150-151).

Ademais Silva (2008, p. 125) diferencia as normas programáticas das de princípio institutivo:

[...] As programáticas envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social. As de princípio institutivo têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Têm, pois, natureza organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos.

Tais normas, como visto, apesar de sua aplicabilidade se encontrar limitada, geram direito subjetivo em face do Estado e destinam a proteger determinados interesses, podendo exigir uma prestação ou abstenção. Também as normas programáticas vinculam o legislador e a Administração pública, no sentido de que as atividades por eles desenvolvidas devem

observar as diretrizes traçadas por tais normas, bem com a possibilidade de se invalidar atos que as desrespeitem (SILVA, 2008).

Sobre o tema, Paulo Bonavides (2004) destaca que a fragilidade das normas programáticas levanta muitas dúvidas sobre sua eficácia e juridicidade, sendo utilizadas por vezes como escusa de inobservância da Constituição.

2.2 DA SÍNDROME DA INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A “doença”, assim denominada por Pedro Lenza (2013), de síndrome da inefetividade das normas constitucionais se manifesta por meio de normas que ao serem introduzidas na Constituição, vale dizer o texto constitucional originário, emendas à Constituição e tratados de direito, não produzem de imediato seus efeitos, necessitando de norma integrativa infraconstitucional, permanecendo sem regulamentação ante o silêncio incômodo e inconstitucional do Poder Público em conceder-lhe efeitos concretos.

Na constância do tema de controle de constitucionalidade por omissão, o jurista afirma que, tanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quanto o mandado de injunção, são espécies de “cura” para a síndrome da inefetividade das normas constitucionais (LENZA, 2013).

Essa “doença” é um problema antigo, herdado das Constituições passadas cuja força normativa possuía menos fôlego até que as lei ordinárias, tendo em vista que não possuíam o *status* de norma hierarquicamente superior, como é hoje.

A consciência adquirida na Constituição de 1988, chamada de “movimento da efetivação” por Luís Roberto Barroso (1994), é uma consequência do constitucionalismo desenvolvido no Brasil. Adquirindo tal consciência o legislador constituinte foi mais cauteloso nas medidas instituídas no texto normativo, para não incorrer em erros passados de se conceber uma constituição “mentirosa”, “charlatã”, como na Carga Magna de 1967, que previa como direito aos trabalhadores, colônia de férias e clínicas de repouso, mantidas pela União, cuja regulamentação dependia de lei ordinária⁴.

Barroso (2009, p. 221) indica pressupostos que devem ser observados para a efetividade da Constituição:

A efetividade da Constituição há de assentar-se sobre alguns pressupostos indispensáveis. Como foi referido, é preciso que haja, da parte do constituinte, senso de realidade, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com

⁴ Artigo 158, inciso XIX, Constituição Federal de 1967.

boa técnica legislativa, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público vontade política, a concreta determinação de tomar realidade os comandos constitucionais. E, por fim, é indispensável o consciente exercício de cidadania, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais.

Pfeiffer (1999) coloca em foco o problema da efetividade das normas constitucionais, relacionado às dificuldades de implementação, principalmente relacionados aos direitos sociais, que são normalmente previstos em normas de princípio programático, e que os obstáculos interpostos entre a efetivação dessas normas materializam-se tanto pela falta de vontade política, desorganização política e escassez de recursos públicos, por exemplo.

Em razão de algumas normas constitucionais não encontrarem sua eficácia, permanecendo por longos anos sem a efetiva concretização dos direitos por ela veiculados, surgem situações de flagrante omissão inconstitucional e violação de direitos.

A Constituição de 1988 aí está. Também ela, como acontece com a generalidade das constituições contemporâneas, depende, para adquirir plena eficácia jurídica, de integração normativa, através de leis que transmitam vida e energia a grande número de dispositivos, especialmente os de natureza programática, que dão a tônica dos fins sociais do Estado e revelam naquela área de compromisso entre o liberalismo e o dirigismo, entre a democracia política e democracia social. **A não-integração normativa dessas normas constitui um descumprimento do compromisso e revela o logro em que caíram as forças políticas que as defenderam e as fizeram introduzir no sistema constitucional vigente, naquilo que foi incorporado pelo regime democrático anterior permanente.** (SILVA, 2008, p. 225-226, grifo nosso).

Pouco adianta defender a supremacia constitucional, sem que houvessem mecanismos capazes de garantir e conferir uma segurança jurídica no cumprimento dessas normas. Diante dessa supremacia a Constituição impõe que todas as normas jurídicas, atos administrativos e decisões judiciais estejam em conformidade com seu texto, sendo necessário haver um controle constitucional sobre esses atos, como forma fortalecer sua cogência e imperatividade. (PFEIFFER, 1999).

Relativamente a esse controle, o mandado de injunção foi apresentado pelo constituinte, em tese, como ação constitucional capaz de viabilizar o direito subjetivo contido em normas constitucionais impedidas de produzir seus efeitos pela omissão perpetuada do Poder Público na sua concreta implementação; e conseqüentemente dar efetividade à Constituição, sendo, por isso, objeto do presente trabalho, preterindo-o em detrimento da ação direta de constitucionalidade por omissão.

3 DO MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção está previsto no artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso LXXI e preceitua que “conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Não obstante, tenha a Constituição se encarregado de prever o mandado de injunção com clareza semântica, porém sintetizada, convém que o instituto receba uma definição mais elaborada e explicativa, da qual, se encarregou Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 123, grifo do autor):

O mandado de injunção, consoante sua clara definição constitucional, constitui ação especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental. Condiciona-se, portanto, à existência de uma relação de causalidade entre a omissão do poder público e a impossibilidade do gozo de um direito fundamental. Desse modo, só se admite a impetração deste *writ* se, em decorrência da falta de norma regulamentadora (causa), tomar-se inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (efeito).

Dito isso, é fundamental que para a impetração do mandado de injunção estejam presentes uma causa, que se demonstra pela ausência de determinada norma infraconstitucional que deve ser editada pelo Poder competente para produzir plenamente os efeitos da norma constitucional veiculadora do direito pleiteado, e necessariamente um efeito, que assume a forma da inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas insculpidas no inciso LXXI do artigo 5º, da Constituição Federal, como consequência da falta de normatização.

3.1 ORIGEM

A doutrina brasileira buscou no direito comparado alguns institutos que se assemelham ao mandado de injunção, para explicar sua possível origem. Autores como José Afonso da Silva (1990 apud CUNHA JÚNIOR, 2010), apontam o direito anglo-americano como fonte que inspirou a criação do mandado de injunção pátrio, tendo o instituto surgido na Inglaterra, no século XIV, como remédio da previsto no sistema jurídico da *equity*⁵.

⁵ Tradução livre do inglês: equidade (tradução livre)

Pfeiffer (1999) ressalta que *equity* é um sistema jurídico criado durante a dinastia dos *Tudors*, época em que vigiam dois sistemas jurídicos, quais sejam, a *equity* aplicada pela *Court of Chancery*, e a *common law*, aplicada pelas *Courts of Common Law*, funcionando fundamentalmente com base em decisões judiciais que vinculam decisões posteriores de matéria semelhante. A *injunction* é manejada sempre que a lei escrita ou precedentes da *common law*, forem insuficientes na proteção de direitos do impetrante, podendo se manifestar por meio de uma ordem proibitória ou por meio de uma ordem mandatória, provisória ou definitiva.

Afirma, ainda o autor que, muitas são as diferenças entre os dois institutos, ressaltando algumas delas:

[...] a *injunction* inglesa não possui o caráter de potencializar os efeitos de normas constitucionais que, não obstante estarem em vigor, dependem, para a produção de efeitos plenos, da edição de norma regulamentadora. Pelo contrário, é prevista em situações em que há vácuo legislativo completo. Ademais, não se pode, perder vista as substanciais e notórias distinções entre os sistemas jurídicos inglês e brasileiro, que reforçam ainda mais a diferença entre os instrumentos processuais analisados. (PFEIFFER, 1999, p. 32, grifo do autor).

No direito Norte-americano a *injunction* inicialmente tinha incidência especialmente nas relações privadas, e na seara trabalhista se fundamentou como um dos principais instrumentos de garantias constitucionais. Notadamente o instituto atingiu novos contornos, sendo crescentemente utilizado para a proteção de direitos civis e prerrogativas constitucionais, a fim de prevenir violações a direitos, bem como para questões de disparidades raciais.

Percebem-se sensíveis diferenças com o mandado de injunção, tendo em vista que a *injunction* norte-americana é normalmente utilizada para coibir o desrespeito às leis ou obrigações contratuais, cuja exigibilidade não se encontra condicionada a norma regulamentadora posterior; enquanto que o mandado de injunção viabiliza o exercício de direitos contidos em normas constitucionais cuja eficácia encontra-se limitada pela falta de regulamentação (PFEIFFER, 1999).

No entanto, para Silva (2009 apud CUNHA JÚNIOR, 2010), a fonte mais próxima do mandado de injunção é o *writ of injunction*⁶ do direito norte-americano, que serviu de inspiração, inclusive, para o próprio nome da referida ação constitucional brasileira.

Notadamente distantes estão os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano, tendo em vista que se assentam em vertentes antagônicas, enquanto o direito brasileiro tem suas

⁶ Do inglês: Mandado de injunção (tradução livre)

bases na escola romano-germânica, tendo a lei como principal fonte para o exercício da função jurisdicional, o direito norte-americano encontra fundamento no sistema dos *precedents*.

Cunha Júnior (2010) afirma ainda, que há autores que veem no direito alemão a origem do mandado de injunção, com base no *Verfassungsbeschwerde*⁷, prevista no artigo 93, nº 4-A, da Lei Fundamental de Bonn, que consiste numa ação constitucional de defesa dos direitos fundamentais proposta perante o Tribunal Constitucional Federal, quando esgotadas as instâncias dos tribunais ordinários.

Pfeiffer (1999, p. 36) acrescenta que “[...] a ação alemã presta-se à impugnação de qualquer violação (omissiva, ou principalmente, comissiva) enquanto o mandado de injunção somente pode ser utilizado quando houver inércia na edição de regulamentação”.

Continua Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 122) que “não faltou, outrossim, quem vislumbresse a origem do instituto na própria ação direta de inconstitucionalidade por omissão do direito português”.

O referido autor assenta seu entendimento, afirmando que não há no direito comparado instituto similar ao mandado de injunção pátrio, apesar das proximidades com outros instrumentos como a *equity* do direito inglês, o *writ of injunction* do direito norte-americano e o *Verfassungsbeschwerde*, do direito alemão, assim aduz:

Não obstante a proximidade do nosso mandado de injunção com a *equity* do direito inglês, ou com a *injunction* do direito norte-americano, ou com o *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, é inegável que se cuida de uma criação brasileira, sem similar no direito comparado. É uma originalidade do direito brasileiro. Creemos que sua matriz é o mandado de segurança, que, como visto noutra oportunidade, também se apresenta como instrumento de controle das omissões do poder público. O constituinte pretendeu, apenas, criar um remédio específico, a ser manejado exclusivamente para a defesa dos direitos fundamentais violados em face das omissões do poder público. (JÚNIOR, 2010, p. 122, grifo do autor).

Outrossim, Pfeiffer (1999, p. 31, grifo nosso) coaduna tal entendimento, aduzindo:

O mandado de injunção constitui novidade introduzida pelo direito brasileiro, não se encontrando remédio igual em outros ordenamentos jurídicos. Entretanto, não podemos negar que possui algumas características semelhantes a alguns outros institutos, mas não o suficiente para conferir completa similitude entre eles.

⁷ Do alemão: Reclamação constitucional (tradução livre)

Em outras palavras, Alexandre de Moraes (2003, p.178, grifo nosso), sintetiza o exposto e acrescenta que cabe à doutrina e à jurisprudência pátrias definirem os contornos do mandado de injunção, conforme aduz:

[...] Apesar das raízes históricas do direito anglo-saxão, o conceito, estrutura e finalidades da injunção norte-americana ou dos antigos instrumentos lusitanos, não correspondem à criação do mandado de injunção pelo legislador constituinte de 1988, cabendo, portanto à doutrina e à jurisprudência pátrias a definição dos contornos e objetivos desse importante instrumento constitucional de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata.

Diante disso, percebe-se que o mandado de injunção é um instrumento jurisdicional *sui generis*, e relativamente novo no ordenamento jurídico, tendo em vista que sua existência data de pouco menos de 30 anos.

Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 119) assevera que “na Assembléia Nacional Constituinte muito se debateu acerca da criação de um remédio constitucional que garantisse a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais [...]”, buscava-se um instrumento jurisdicional capaz de assegurar o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, insculpido no §1º, do artigo 5º da Constituição Federal.

A preocupação em introduzir no ordenamento jurídico um instituto que permitisse assegurar a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos, se deu em razão do histórico de inefetividade de que sofriam as Constituições anteriores, em razão da pouca atividade do Poder Público em colmatar os “espaços” deixados pelo constituinte. Nesse sentido aponta Michel Temer (2008, p. 212, grifo nosso):

A vontade constituinte corporifica-se no instante em que se promulga a Constituição. Se houve manifestação da vontade popular soberana por meio de uma Assembléia Constituinte, entende-se que ela deva ser cumprida. Ou seja: as normas constitucionais devem adquirir eficácia plena para sua efetiva aplicação. As Constituições anteriores continham normas que demandavam legislação integrativa e regulamentadora. Inerte o legislador ordinário, tais normas jamais se tornavam operativas. Assim também ocorria com as normas de natureza programática. Ficavam no papel em face da inação do legislador infraconstitucional. Em razão dessa realidade do passado é que a Constituição de 1988 cria o mandado de injunção, ao lado do controle de inconstitucionalidade por omissão [...].

Importa salientar que o período da promulgação da Constituição de 1988, caracterizou-se pelo Estado Social Democrático de Direito, tendo em vista a crescente intervenção estatal no âmbito social, sendo a Constituição responsável não apenas pela

delimitação de competências, mas trazendo também, metas e programas cuja observância e cumprimento são devidos por todos (CHADDAD, 2011).

Várias propostas foram levadas a tento, sofrendo alterações em sua redação, mantendo-se, entretanto, “a intenção originária de criar-se um instituto que permitisse o controle judicial das omissões do poder público e pudesse assegurar, judicialmente, a efetividade e o conseqüente desfrute dos direitos fundamentais.” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 120).

Já no âmbito da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, o Deputado Darcy Pozza, relator da subcomissão, procedidas modificações, apresentou Anteprojeto, vertido nos seguintes termos:

“Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção para garantir direitos nela assegurados, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de competência da lei processual”. (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 120).

Dirley (2010, p. 120) relata ainda que:

Esse Anteprojeto, entretanto, ainda sofreu mudança na Comissão Temática da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. O seu Relator, Senador José Paulo Bisol, apresentou o seguinte Substitutivo àquele Anteprojeto: ‘Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania’.

Após mais algumas alterações na redação do mandado de injunção, chegou-se, enfim, ao disposto no atual inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A eficácia da norma que introduz o mandado de injunção já foi objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial, em razão de algumas interpretações assumirem sentido de que se trata de norma de eficácia limitada, tendo em vista que carece de regulamentação o processamento do referido mandado.

No entanto, acertadamente, tanto a doutrina, como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já apreciou a questão no mandado de injunção MI 107/DF, coadunam o entendimento de que a norma do inciso LXXI, do artigo 5º da Constituição Federal, possui

eficácia plena, estando o mandado de injunção apto a manifestar seus efeitos, por força principalmente do que dispõe o §1º do mesmo artigo. Aproximando-se, dessa forma, à vontade do legislador constituinte, sem desprezar a regulamentação, mas apenas não condicionando a sua eficácia a isso.

Desse modo, não faria sentido que o mandado de injunção fosse tratado como norma de eficácia limitada, tendo em vista que, o remédio que deveria combater a inefetividade das normas constitucionais estaria, também, maculado pela falta de regulamentação, dirigindo-se na contramão dos interesses constitucionais de maior efetividade da norma.

Assim, a solução seria encontrar no sistema processual brasileiro procedimento que pudesse ser utilizado por analogia, a fim de permitir que essa importantíssima garantia constitucional pudesse ser utilizada, independentemente da edição de lei específica. A maior parte da doutrina logo posicionou-se a favor da imediata aplicabilidade da norma que instituiu o mandado de injunção, **entendendo que a procedimentalização poderia ser realizada com o uso, naquilo que coubesse, das normas que regem o mandado de segurança** (PFEIFFER, 1999, p. 29, grifo nosso).

Consoante Pfeiffer (1999) o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, foi o pioneiro em prover alguma regulamentação ao mandado de injunção, o qual dispõe em seu artigo 216 que “no mandado de injunção e no habeas data, serão observadas as normas da legislação de regência. Enquanto estas não forem promulgadas, observar-se-ão, no que couber, o Código de Processo Civil e a Lei n. 1.533, de 1951”.

Malgrado tenha sido a Lei n. 1.533, de 1951, que regulava o procedimento do mandado de segurança, revogada em sua integralidade, a Lei nº 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos nelas especificados perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, afastou qualquer dúvida que pudesse ser lançada à tese da imediata aplicabilidade do *writ*, ao prescrever no artigo 24, parágrafo único que: “No mandado de injunção e no ‘habeas data’, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada lei específica”.

Para Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 122) não carece o mandado de injunção de norma que o regulamente, explicando que,

Os lineamentos básicos do mandado de injunção já foram fixados pela própria Constituição, de tal modo que não há necessidade de lei para regular-lhe o processo. Pensar diferente seria admitir, paradoxalmente, que uma ação constitucional criada especificamente para solucionar a não aplicabilidade imediata das normas constitucionais de eficácia limitada, dependesse, ela própria, de regulação. Prevaleceu na doutrina e na jurisprudência, em nome da lógica e do bom senso jurídico, o entendimento de que a norma definidora do *writ* em pauta é de eficácia

plena, não dependente de ulterior regulação, à vista, sobretudo, do §1º do art. 5º da Constituição Federal.

Tramita atualmente o Projeto de Lei 6128/2009 que tem por escopo disciplinar o processamento e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo, bem como outras providências. O projeto de lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados prevendo em seu artigo 8º os limites da decisão em mandado de injunção:

Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para o fim de: I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I quando comprovado que o impetrado deixou de atender ao prazo estabelecido para a edição da norma em anterior mandado de injunção.

O artigo 9º dispõe que, em regra, a eficácia subjetiva da decisão limitar-se-á as partes, no entanto poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, quando indispensável o direito objeto de mandado de injunção.

O projeto disciplina ainda, a possibilidade de impetração do *writ* constitucional nos casos em que a regulamentação feita pelo Poder competente tenha sido insuficiente ao exercício do direito ou prerrogativa.

Atualmente o projeto aguarda votação no Senado Federal, desde março de 2015, sob regime de tramitação de urgência. Enquanto isso, os limites do mandado de injunção se guiam pelos os estudos doutrinários e principalmente pela experiência dos tribunais.

3.2 PROCESSAMENTO, LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA

Conforme já explicitado anteriormente, enquanto aguarda regulamentação própria, o mandado de injunção segue o rito processual do mandado de segurança.

No mandado de injunção, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica, conforme determina o art. 24, § 1.º, da Lei nº 8.038/90. Importante ressaltar, porém, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se pacificou pela impossibilidade da concessão de medida liminar por ser imprópria ao instituto do mandado de injunção (MORAES, 2003, p. 182).

Prevê expressamente o artigo 12, da Lei 12.016/2009⁸, que disciplina o mandado de segurança, a intimação do Ministério Público para atuar como fiscal da lei. Assim, não pairam dúvidas a respeito da necessária intimação do órgão ministerial para participar do processamento do mandado de injunção como *custos legis*, tal como ocorre no mandado de segurança. De igual forma, transcorrido o prazo improrrogável de dez dias, a não manifestação do Ministério Público importa no prosseguimento do feito. (NEVES, 2013).

Consoante Paulo Hamilton Siqueira Júnior (2006, p. 348) “a legitimidade ativa é do titular do direito cujo exercício encontra-se impedido pela falta de norma regulamentadora”.

Nesses termos, tem-se uma legitimidade universal, ou seja, o *writ* pode ser impetrado por qualquer pessoa, física ou jurídica, bem como entes despersonalizados como o espólio, a massa falida, o condomínio etc. (PFEIFFER, 1999).

“Poderá, ainda haver a substituição processual (legitimação extraordinária) por organização sindical (sindicato, federação, confederação); de entidade de classe ou associação legalmente constituída; dos partidos políticos” (SIQUEIRA JÚNIOR, 2006, p. 349).

Quando o mandado de injunção for coletivo, já decidiu Supremo Tribunal Federal que, existindo a associação há um ano e respeitada a pertinência temática, tem ela legitimidade ativa para impetrar o mandado de injunção coletivo (NEVES, 2013).

Com relação à legitimidade ativa do Ministério Público, Daniel Amorim Assumpção Neves (2013) entende que, somente na hipótese de substituição processual se poderia defendê-la. Explica que o entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência, do cabimento do mandado de injunção coletivo, na defesa de direitos coletivos de um grupo, classe ou categoria de pessoas, legitima ativamente o Ministério Público para aplicação do art. 129, III, da CF⁹, que confere a legitimidade ativa para o órgão ministerial na defesa de qualquer direito difuso ou coletivo.

Para Michel Temer (2008) o mandado de injunção somente pode ser impetrado em face de pessoa jurídica de direito público, pois a norma que o criou refere-se a matérias de direito público, como liberdades constitucionais, nacionalidade etc. Ademais, entende o autor que não há sentido em pensar numa ação proposta contra particular pleiteando direitos prejudicados pela falta de norma regulamentadora.

⁸ Art. 12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do caput do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.

⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

“Seria considerar responsável o particular por ato que se deveu a omissão do Poder Público. Aqui aplica-se a máxima: é incompatível com o Direito a interpretação que leva ao absurdo”. (TEMER, 2008, p. 217).

Por outro lado Neves (2013) afirma haver ainda um terceiro entendimento que defende a existência de um litisconsórcio necessário entre a autoridade, órgão ou entidade responsável pela omissão normativa e a pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, que suportará os efeitos de um eventual acolhimento do pedido.

Em posição mediadora afirma Neves (2013, p. 308):

Concordo com a parcela doutrinária que explica ser o tema da legitimidade passiva dependente do próprio objeto do mandado de injunção. Ao se adotar a teoria de que o Supremo Tribunal Federal se limita, no mandado de injunção, a reconhecer a omissão legislativa e a comunicar o órgão ou a autoridade responsável pela criação da norma faltante, o polo passivo deverá ser composto exclusivamente por tal órgão ou autoridade, a quem será dirigida a comunicação. Por outro lado, admitindo-se ao Supremo Tribunal Federal a criação de uma norma, ainda que limitada ao caso concreto, para efetivar a proteção jurisdicional demandada pelo autor, o melhor entendimento é aquele que aponta para a formação de um litisconsórcio passivo entre o órgão público ou autoridade relapsa e a pessoa física ou jurídica, privada ou pública, que deverá suportar concretamente os efeitos da decisão judicial.

“A competência para o julgamento do mandado de injunção se determinará no caso concreto levando-se em conta a autoridade, órgão ou entidade a quem cabia o exercício legislativo que se aponta como não ocorrido” (NEVES, 2013, p. 306).

A Constituição Federal ao fixar a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, incluiu no rol dos artigos 102 e 105, respectivamente, o processamento e julgamento originário e recursal do mandado de injunção.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; [...] II - julgar, em recurso ordinário: a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

No que diz respeito à competência da Justiça Federal, afirma o autor que há certa divergência doutrinária. Isto em razão do art. 105, I, h, da CF, que ao prever a competência originária do Superior Tribunal de Justiça, faz expressa ressalva à Justiça Federal, abrindo margem à interpretação de que essa Justiça também seja competente para o mandado de injunção, ainda que residualmente. Para uma parcela doutrinária, a ressalva do referido artigo é desnecessária, haja vista que, em momento algum, os artigos 108 e 109 da CF, que fixam a competência da Justiça Federal, fazem remissão à competência para o julgamento do mandado de injunção.

Por outro lado, há lição doutrinária que defende a competência da Justiça Federal nos termos do art. 109, I, da CF. Ainda que se pudesse compreender o fundamento da segunda corrente doutrinária, porque o art. 109 da CF não prevê a competência da Justiça Federal em razão da espécie de ação, mas sim da pessoa ou da matéria, não vejo espaço para a competência dessa Justiça diante do art. 105, I, h, da CF. No caso específico do art. 109, I, da CF, havendo os entes federais indicados – além das fundações federais, conselhos de fiscalização profissional e agências reguladoras –, e não sendo o mandado de injunção de competência originária dos tribunais de superposição, seria, ao menos em tese, possível se atribuir competência à Justiça Federal de primeiro grau. Ocorre, entretanto, que a presença desses entes federais levará a competência para o Superior Tribunal de Justiça, afastando a aplicação do art. 109, I, da CF ao mandado de injunção. (NEVES, 2013, p. 305)

Convém registrar, por fim, que, não há dissensão na doutrina com relação ao fato de que tanto os Tribunais de Justiça como a Justiça Estadual de primeiro grau podem ser competentes para o julgamento do mandado de injunção, sendo necessário, neste caso, de previsão expressa na Constituição Federal e, residualmente, nas leis de organização judiciária (NEVES, 2013).

3.3 DOS DIREITOS PASSÍVEIS DE TUTELA PELO MANDADO DE INJUNÇÃO

De acordo com a redação do inciso LXXI, artigo 5º da Constituição “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Não obstante, o referido inciso indique o objeto passível de tutela pelo mandado de injunção, discute-se sobre o alcance conferido pelo texto constitucional, encontrando-se na doutrina os mais diversos entendimentos a respeito do tema.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012) esse objeto é restrito, aduzindo que os direitos, liberdades e prerrogativas enunciados pelo inciso referem-se, tão somente à

nacionalidade e os direitos fundamentais a ela inerentes, da soberania insculpida no artigo 1º e cidadania, constante no artigo 14.

Paulo Hamilton Siqueira Júnior (2006) afirma que o objeto da ação reside na ausência de norma que verse sobre direitos e liberdades constitucionais, além das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. Desse modo, assevera o autor, que “Limita-se a esse objeto e não a qualquer Direito Constitucional. Assim, o mandado de injunção possui um campo restrito, pois é um remédio destinado a garantir os direitos e liberdades inerentes ao exercício da cidadania” (SIQUEIRA JÚNIOR, p. 340).

De forma um pouco mais ampla que a demonstrada anteriormente, na concepção de Alexandre de Moraes (2008, p. 180) as normas constitucionais que podem ser tuteladas pelo *writ* constitucional não decorrem de toda e qualquer omissão do Poder Público, assemelhando-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público (1), mas tão-só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo (2) e de caráter impositivo (3) e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade (4), por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. Assim, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa (5), que necessitem ser colmatadas por leis ou atos normativos (por exemplo: ausência de resolução do Senado Federal no caso de estabelecimento de alíquota às operações interestaduais. CF, art. 155, § 2.º).

Nesse sentido Michel Temer (2008, p. 214) adota a concepção de que “[...] não são todas as normas constitucionais de eficácia limitada que autorizam servir-se de injunção”.

Roberto Augusto C. Pfeiffer (1999) analisou tal questão sob dois aspectos: os direitos passíveis de tutela no plano da aplicabilidade e a abrangência da expressão “direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A partir da análise da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, que no capítulo dois do presente trabalho tal questão pôde ser amplamente discutida, são passíveis de mandado de injunção as normas constitucionais cujos efeitos desejados pelo constituinte dependam de norma posterior que a regule. Conforme já exposto, pela classificação de José Afonso da Silva, tais normas são de eficácia limitada. (PFEIFFER, 1999).

Grande parte dos direitos sociais são encontrados em normas de princípio programático. As dificuldades inerentes à implementação de tais direitos desaguam no cerne do problema da inefetividade das normas constitucionais.

Observa-se que a implementação desses direitos encontram obstáculos da falta de vontade política, de recursos, de órgãos estruturados, bem como do modo em que essas normas são lançadas no ordenamento jurídico, tendo em vista que muitas delas são previstas em normas constitucionais de eficácia limitada, que remetem à legislação infraconstitucional a sua regulamentação, vinculando o legislador ordinário (PFEIFFER, 1999).

Com relação à expressão “direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade e à cidadania” residem as maiores dissensões entre a doutrina.

As liberdades constitucionais, afirma Pfeiffer (1999), estão intimamente ligadas às liberdades públicas, por meio das quais os indivíduos recebem proteção contra o mau uso do poder pelo Estado. As liberdades públicas estão estatuídas no decorrer do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual assegura as liberdades de locomoção, pensamento, reunião, associação, exercício da profissão, organização sindical e direito de greve; tendo por preceito fundamental seu inciso II, o qual prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Por conseguinte, as prerrogativas inerentes à cidadania e à soberania referem-se aos direitos políticos fundamentais prevista no artigo 14¹⁰, e não à soberania estatal, como se poderia interpretar. “As normas relativas à cidadania são aquelas que definem a forma de

¹⁰ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; Regulamento VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador. § 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997) § 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. § 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. § 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade. § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994) § 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. § 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

aquisição e perda do gozo pleno dos direitos políticos, pré-requisito para o exercício da soberania política” (PFEIFFER, 1999, p. 57).

Para Chaddad as prerrogativas relativas à cidadania autorizam que os direitos coletivos e difusos também sejam objeto do remédio constitucional.

Por fim, as prerrogativas inerentes à nacionalidade estão estatuídas no artigo 12 da Constituição¹¹. Dessa forma não se deve confundir os termos nacionalidade e cidadania, conforme diferencia Pfeiffer (1999, p. 57) “[...] a cidadania é um *status* político que se agrega ao *status* de nacional, é um *plus* a esta condição. Assim não é todo nacional que pode ser cidadão, sendo, porém, certo que apenas os nacionais poderão ser cidadãos” (grifo do autor).

Em síntese, Pfeiffer (1999) afirma que a abrangência do inciso LXXI acaba por englobar todo e qualquer direito com assento na Constituição, não importando seu conteúdo.

[...] o Supremo Tribunal Federal vem adotando posição intermediária que coincide com a defendida na presente obra: quanto ao conteúdo, para admissibilidade do *writ* basta **assento constitucional** do direito estabelecido em norma de eficácia limitada cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de regulamentação. (PFEIFFER, 1999, p. 59, grifo do autor).

Há ainda quem defenda que não só os direitos contidos na Constituição podem ser objeto do *writ*, mas também normas infraconstitucionais, em razão do disposto no §2º, do artigo 5º, da Constituição que prevê “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

¹¹ Art. 12. São brasileiros: I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007) II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994) § 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994) § 2º A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição. § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas. VII - de Ministro de Estado da Defesa (Incluído pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999) § 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos: (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994) a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994); b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis; (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994).

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, legitimando, assim, o alcance do mandado de injunção também à essas normas infraconstitucionais. São defensores dessa corrente Luiz Flávio Gomes e José Carlos Barbosa Moreira (CHADDAD, 2011).

Para Maria Cecília Cury Chaddad (2011, p. 70), o objeto do mandado de injunção deve ser visto sob a ótica mais abrangente, tendo em vista que se trata de instrumento de garantia de direitos constitucionais em face da omissão pública. Desse modo, para sua máxima efetividade, deve-se envolver “todos os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal”.

Imperioso se faz conceituar a expressão “norma regulamentadora” contida no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal e amplamente utilizada ao longo do presente trabalho.

Roberto Augusto C. Pfeiffer (1999, p. 78, grifo nosso) afirma que a expressão trazida pelo texto constitucional refere-se:

[...] a todo e qualquer ato normativo cuja edição seja necessária para o exercício do direito constitucional obstado. Assim, a regulamentação demandada **não será necessariamente uma lei, mas qualquer medida normativa**, tais como decretos ou simples portarias [...] Desse modo, para ensejar a impetração de mandado de injunção pouco importa a natureza do ato; o que é essencial é que este seja de conteúdo normativo e que sua ausência impeça o pleno exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional.

Outrossim, afirma Paulo Hamilton Siqueira Júnior (2006) que a expressão “norma regulamentadora” assume o sentido de lei em sentido estrito ou norma jurídica de caráter geral editada pelo Poder Executivo ou autoridade administrativa, citando como exemplo, o poder regulamentar do Presidente da República.

Afirma ainda o autor que, não se pode confundir a ausência de legislação com a falta de atos materiais do Poder Público. Com relação a estes últimos, outros instrumentos processuais devem ser utilizados, como exemplo, a ação civil pública, e não o mandado de injunção.

Consoante Gilmar F. Mendes e Paulo Gustavo G. Branco (2013) a omissão tanto pode ser de caráter absoluto ou total, como parcial. A primeira hipótese demonstra a inércia do legislador que pode travar totalmente a implementação da norma constitucional, no entanto, devido à gradativa implementação constitucional no decorrer do tempo, tal omissão tem se tornado mais rara. Já a omissão parcial é fruto de uma execução legislativa incompleta, manifestando-se pelo atendimento inconcluso do estabelecido constitucionalmente, seja pela inconstitucionalidade superveniente em razão de mudanças fático-jurídicas que afetam a

legitimidade da norma, ou ainda, com relação à incompatibilidade com o princípio da igualdade na forma de concessão de algum benefício.

Complementa Pfeiffer que “(...), o mandado de injunção não será meio adequado para impugnar desrespeito a direitos previstos em normas constitucionais dotadas de plena eficácia de aplicação, sejam autoaplicáveis ou de eficácia restringível” (p. 51).

Aduz, ainda o autor, que normas carentes de regulamentação infraconstitucional que por ventura tornem-se plenamente eficazes com a superveniente edição de norma regulamentadora, não mais podem ser objeto de mandado de injunção mesmo que haja desrespeito à norma. De igual modo, assevera que, nos casos em que já exista norma regulamentadora de determinada matéria que seja anterior à constituição vigente, mas com ela compatível, também torna impróprio o manejo de mandado de injunção por achar-se a norma constitucional com eficácia plena.

3.4 MANDADO DE INJUNÇÃO *VERSUS* AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Há uma natural proximidade entre a ação de mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois ambas as ações constitucionais tratam de formas de omissão legislativa, que violam preceitos da Constituição Federal, cuja dificuldade de concretização escora-se na desídia do Poder Público (NEVES, 2013).

Por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, via de ação, e do mandado de injunção, via de exceção, busca-se dar eficácia plena às normas constitucionais cuja aplicabilidade está obstada pela omissão do Estado em implementá-las, seja pela não elaboração de lei ordinária, seja por ausência de ato administrativo (CHADDAD, 2011, p. 52).

Por se tratarem de institutos inovadores no ordenamento jurídico brasileiro no controle constitucional da omissão, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são constantemente objeto de comparação. Malgrado guardem alguns aspectos em comum, as referidas ações constitucionais devem ser bem observadas por suas diferenças para que não sejam confundidas.

Percebe-se que a Constituição Federal de 1988 ao instituir essas duas ações, o fez atribuindo a cada uma, função diversa da outra.

[...] a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um processo objetivo, no qual se discute a lei em tese, não havendo um conflito de interesses a ser resolvido pela prestação jurisdicional. Por outro lado, o mandado de injunção é um processo

subjetivo, que busca resolver uma situação concreta de crise jurídica, amoldando-se perfeitamente ao conceito de lide carneltuttiana (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida). **Decorre justamente dessa diferença o objeto tutelado pelas duas ações constitucionais: enquanto o art. 5º, LXXI, da CF prevê o mandado de injunção como instrumento para tornar viável o exercício de direitos e liberdades, o art. 103, § 2º, da CF prevê que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa tornar efetiva norma constitucional.** (NEVES, 2013, p. 312, grifo nosso).

Outra diferença apontada por Neves (2013) consiste na espécie de omissão constitucional exigível para o cabimento das duas ações constitucionais ora analisadas. Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, qualquer espécie de omissão basta, não acontecendo o mesmo no mandado de injunção, que, por conter expressa redação constitucional, exige não só uma omissão, mas também que se demonstre a violação de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrente da falta de norma.

Além do mais, destaca o autor, que no mandado de injunção somente uma omissão prolongada, ou seja, a configuração em excesso de prazo razoável para legislar, justifica sua impetração, ao passo que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se leva em conta o tempo de inércia legiferante.

Siqueira Júnior (2006) elenca algumas diferenças entre os dois institutos, a começar pelo objeto, que segundo ele, no mandado de injunção restringe-se às situações descritas no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição, enquanto que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão qualquer omissão constitucional pode ser objeto de controle.

Outra diferença apontada pelo autor versa sobre a legitimidade ativa, pois no mandado de injunção qualquer pessoa pode ingressar judicialmente, enquanto que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, os legitimados ativos são os mesmos da ação direta de constitucionalidade, definidos no rol taxativo do artigo 103, da Constituição¹².

O cabimento do mandado de injunção se dá apenas no caso concreto, fazendo parte do controle de inconstitucionalidade por omissão pela via difusa, podendo ser levado a juízo perante tribunais ordinários. Já a ação direta de constitucionalidade pode ser ajuizada em face

¹² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

de situação abstrata, constituindo espécie do controle concentrado de constitucionalidade, cuja competência para seu julgamento pertence exclusivamente ao STF.

Pfeiffer (1999, p. 83) vai além e diferencia os dois institutos pela finalidade que apresentam, aduzindo:

Na realidade a própria Constituição Federal deixa clara a distinção entre os dois instrumentos processuais: o mandado é destinado à tutela do direito subjetivo, visando à concretização de um direito, prerrogativa ou liberdade constitucionais delineados, mas cujo exercício não se viabilizou por estarem previstos em norma constitucional dependente de regulamentação. A ação de inconstitucionalidade por omissão, por seu turno, visa à tutela da norma constitucional, da integridade do ordenamento constitucional, desempenhando o Poder Judiciário um controle político, em que se emite uma censura, a qual, quando dirigida a órgão administrativo pode ser sucedida de uma sanção, caso não seja suprida a omissão em 30 dias (art. 103, §2º, da CF).

Traçadas as diferenças preliminares entre os dois institutos, percebe-se a importância atribuída pelo constituinte de 1988 ao controle de constitucionalidade da omissão. Todavia, “Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que elas acabaram por suscitar nos primeiros tempos” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 1152).

Uma última diferença entre os dois institutos afigura-se num ponto delicado das discussões à respeito da temática. Temer (2008) afirma que na ADI por omissão, apenas comunica-se a omissão, enquanto que no mandado de injunção deve-se oferecer meios para que o impetrante desfrute do direito inviabilizado, por meio de provimento judicial concreto.

Doravante busca-se compreender melhor as dissensões causadas pelas incertezas que pairam, especialmente sobre o mandado de injunção, distanciando-o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3.5 DA NATUREZA E EFEITOS DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO

Como já mencionado anteriormente, desde o seu surgimento com a Constituição Federal de 1988, o mandado de injunção é alvo de divergências, tanto entre a doutrina, e principalmente nos tribunais. Uma das grandes divergências, senão a maior, que circunda essa ação constitucional diz respeito à natureza jurídica de suas decisões e, consequentemente, seus efeitos.

A expectativa criada com advento desse instituto processual constitucional no ordenamento jurídico brasileiro levou à propositura de diversas ações perante o Supremo

Tribunal Federal, situação essa que vinculou o Tribunal a proferir decisões, no curto espaço de tempo de existência do mandado de injunção, tanto sobre a sua imediata aplicação, como sobre sua natureza e significado na ordem constitucional brasileira, independentemente da edição de regras processuais próprias para sua regulamentação. (MENDES; BRANCO, 2013).

Alexandre de Moraes (2008), em análise das diferentes decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em mandado de injunção, classificou os diversos entendimentos da Corte, em duas grandes correntes: a concretista e a não concretista.

3.5.1 Da corrente não concretista

Consoante Alexandre de Moraes (2008), pela posição não concretista, a qual foi por muito tempo o entendimento dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, atribuiu-se ao mandado de injunção a mera finalidade de reconhecer formalmente a inércia do Poder Público. Assim, segundo esse entendimento, nas decisões injuncionais, não há que se falar em medidas jurisdicionais que viabilizem de imediato o exercício do direito ou prerrogativa prejudicados pela ausência normativa regulamentadora.

Esse foi o entendimento sustentado pelo Ministro Celso de Mello no Mandado de Injunção 288-6, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, conforme voto em Mandado de Injunção nº 168, publicado no Diário da Justiça do dia 20.04.90, o qual cita-se em parte:

[...] O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão do Legislativo ou regulamentar, editando ato normativo omitido, nem menos ainda lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que supra [...].

Outrossim, Pfeiffer (1999) denomina as decisões proferidas com fundamento na corrente não concretista, de eminentemente declaratórias. Conforme tal entendimento, na decisão proferida em mandado de injunção o Poder Judiciário deve apenas declarar a inconstitucionalidade por omissão do órgão cuja atribuição seja a regulamentação de determinada matéria, cientificando-o da decisão para que tome as medidas cabíveis.

Aduz que os efeitos da decisão em mandado de injunção, pautados nessa corrente, muito se assemelham aos resultados obtidos em sede de ação de inconstitucionalidade por omissão.

O MI 107-3-DF, apresenta-se como *leading case* dessa fase não concretista do Supremo Tribunal Federal. Com relação a essa decisão, Barroso (2007, p. 126, grifo do autor) faz uma ferrenha crítica ao posicionamento adotado pelo STF, dizendo que “de acordo com a interpretação da Suprema Corte, há dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do Poder Público, e *nenhum* para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado”.

Destaca-se como defensor da ideologia apresentada nessa corrente o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007), que entende que o alcance da decisão em mandado de injunção deve-se pautar nos moldes apresentados pela ação de inconstitucionalidade por omissão, não podendo o próprio órgão jurisdicional editar a norma regulamentadora necessária à viabilização do direito. Segundo ele, admitir tal alcance está fora da sistemática constitucional brasileira, a qual tem por um dos fundamentos a separação dos poderes, não só por sua referência no artigo 2º da Constituição Federal, o qual enuncia os princípios fundamentais da república, mas também por sua inclusão no rol de cláusulas pétreas (artigo 60, §4º, III¹³).

Entre os argumentos apresentados Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 325-326) destaca-se o exposto:

Concluimos, pois que não se pode dar ao mandado de injunção um alcance que não tem a inconstitucionalidade por omissão. Esta, que é reservada a autoridades e a entes de alta representatividade, que apenas corre perante o mais alto Tribunal do País, tem, repita-se, como consequência levar uma comunicação ao Poder competente para legislar, ou à fixação de prazo para órgão administrativo, se for o caso. O mesmo, no máximo, será o alcance do mandado de injunção.

Em novas edições de sua obra, Ferreira Filho (2012) admitiu que houve uma “evolução” jurisprudencial, com relação às recentes decisões do STF, que tem decidido concretamente.

Duras críticas foram tecidas à concepção não concretista, principalmente pela analogia realizada à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido Nelson Nery Júnior (1992, p. 105 apud PFEIFFER, 1999, p. 83) se pronunciou “Do jeito como foi decidido pelo STF no MI 107, reconheceu-se por via transversa que qualquer do povo estaria legitimado a pedir a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o que está vedado pelo art. 103, *caput*, combinado com o §2º, CF”.

¹³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes;

Acrescenta Dirley da Cunha Júnior (2010) que não teria sentido o legislador criar dois instrumentos processuais constitucionais com a mesma finalidade, e pensar assim, é “[...] subestimar a inteligência e o bom senso do próprio legislador constituinte. Mais do que isso: é ignorar certos princípios de hermenêutica, notadamente aqueles que determinam atribuir às normas constitucionais o máximo possível de eficácia”.

Refuta ainda Pfeiffer (1999) sobre a concepção não concretista que o simples ato de cientificar o órgão moroso da inconstitucionalidade de sua inércia, aproxima-se de uma censura política, que não soluciona o problema do impetrante. Diz ainda que um dos aspectos basilares no processo civil é a busca da efetividade, e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, além de possibilitar o acesso ao Poder Judiciário, também inclui a garantia de uma tutela célere, efetiva e útil, por meio da qual o jurisdicionado consiga obter a satisfação de seus direitos.

Luís Roberto Barroso (2007, p. 125-126) afirma:

Sem nutrir simpatia pela inovação representada pelo mandado de injunção e rejeitando o ônus político de uma competência normativa que não desejava, a Corte esvaziou as potencialidades do novo remédio. Invocando, assim, uma visão clássica e rígida do princípio da separação dos Poderes, promoveu a equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo como primeiro precedente o julgamento do MI 107-3-DF [...].

Verifica-se assim, a rejeição da doutrina pela posição não concretista, essencialmente em razão da equiparação do *writ* à ação meramente declaratória de omissão.

3.5.2 Da corrente concretista

Pela posição concretista, afirma Alexandre de Moraes (2008), no julgamento do mandado de injunção pode o Poder Judiciário, por meio de sentença constitutiva, declarar a existência da omissão normativa legislativa ou administrativa e, desde já, implementar o direito ou prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder omissor. Essa corrente subdivide-se em outras duas, são elas, a concretista geral e a concretista individual, de acordo com a abrangência de suas decisões.

Na corrente concretista individual, a decisão também terá natureza constitutiva, no entanto, os efeitos por ela produzidos terão eficácia *inter partes*, ou seja, somente para o impetrante do mandado de injunção, que poderá exercer plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional (MORAES, 2008).

Aduz, ainda, o autor, que a corrente concretista individual subdivide-se em outras duas, conforme verifica-se pela divisão de votos no Supremo Tribunal Federal. São elas, concretista individual direta e concretista individual intermediária.

Pela corrente concretista individual direta, aduz Moraes (2008, p. 176, grifo nosso):

[...] o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. Assim, os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio entendem que a Constituição criou mecanismos distintos voltados a controlar as omissões inconstitucionais, que são a inconstitucionalidade por omissão, inscrita no art. 103 da CF, e o mandado de injunção estabelecido pelo inciso LXXI, art. 5º, da mesma Carta. Como afirmado pelo Ministro Marco Aurélio: ‘sob a minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante.

Assim, conhecido e julgado procedente o pedido contido no *writ* constitucional, entende a corrente concretista individual direta que, desde já pode o Poder Judiciário, fixar os contornos para o exercício do direito pleiteado, produzindo a decisão, efeitos apenas ao impetrante.

Partidário dessa corrente, Dirley da Cunha Júnior (2010, 137) defende que não é atribuição do “mandado de injunção reivindicar a elaboração da norma regulamentadora, nem declarar a inconstitucionalidade da omissão a fim de dar ciência desta decisão à autoridade, entidade ou órgão inerte para tomar as providências cabíveis”, mas cumpre ao *writ* a louvável função de garantir, concretamente, o imediato desfrute de direitos violados em razão da desídia do Poder Público. Continua Cunha Júnior (2010, p. 137):

Todavia, não podemos ignorar que, para tornar exercitável o direito fundamental paralisado em face da inércia do poder público, tem o Judiciário que suprir tal omissão, formulando a norma necessária para prover o caso concreto. Essa norma supridora da omissão consistirá no próprio provimento judicial, que estabelecerá os critérios relevantes e as condições necessárias para o desfrute imediato do direito, com vistas à resolução do caso concreto, sem qualquer solução de continuidade [...].

Pela corrente concretista individual intermediária tem-se por partidário o Ministro Néri da Silveira, que no mandado de injunção 335-1, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, estabeleceu em seu voto, o prazo de 120 dias ao Congresso Nacional para a elaboração de norma regulamentadora e, findado o prazo sem a efetiva regulamentação, aduziu que deve o Poder Judiciário fixar as condições necessárias ao exercício do direito pelo impetrante.

Alexandre de Moraes (2008, p. 177-178, grifo nosso) assenta seu pensamento na corrente concretista individual intermediária, criada pelo Ministro Néri da Silveira,

explicitando que a ideia por ela trazida adequa-se corretamente ao princípio da separação dos Poderes, conforme aduz:

Em conclusão, filiamo-nos, com a devida *vênia*, que a ideia do Poder Judiciário, **após julgar procedente mandado de injunção estabelecer um prazo para que a Constituição Federal seja regulamentada, antes de efetivamente colmatá-la**, adequa-se perfeitamente à ideia de Separação dos Poderes. Assim, a partir da decisão do Judiciário, o poder competente estaria oficialmente declarado omissso, devendo atuar. Esse prazo no âmbito legislativo, entendemos, nunca poderia ser inferior ao processo legislativo sumário.

Luís Roberto Barroso (2007) filia-se ao entendimento de que a decisão de provimento judicial em mandado de injunção possui natureza constitutiva, devendo o órgão jurisdicional criar a norma regulamentadora para o caso concreto, com eficácia *inter partes*. Essa natureza constitutiva da decisão, porém, verifica-se somente na criação da normatividade ausente, devido ao seu caráter instrumental.

Assim, suprida a ausência normativa pelo Poder Judiciário cabe a ele aplicá-la sem solução de continuidade, ou seja, restringindo seus efeitos ao caso concreto que lhe foi submetido, às partes. Aduz ainda Barroso (2007, p. 124-125, grifo do autor) que nesse contexto a decisão em mandado de injunção “poderá *declarar* nulo um ato, *constituir* uma nova relação jurídica *condenar* a alguma prestação [v.g., pecuniária] ou mesmo uma ordem, um *mandamento* para que se faça ou não alguma coisa”.

Partilhando do mesmo entendimento Paulo Hamilton Siqueira Júnior (2006), acrescenta que a decisão em mandado de injunção possui natureza mandamental constitutiva, podendo somente prever a regulamentação da norma constitucional depois de escoado o prazo pra elaboração da norma pelo Poder competente.

Por outro lado a corrente concretista geral, tem-se a prolação de sentença com natureza jurídica constitutiva, em que o Poder Judiciário confere eficácia *erga omnes*, ou seja, os efeitos da decisão alcançam a todos quantos a ausência da normatividade afetar.

Explica Alexandre de Moraes (2008, p. 176), que “[...] a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente [...]”.

Perfilha esse entendimento o doutrinador Vicente Greco Filho (1989 apud BARBOSA, 2007), o qual aduz que a decisão proferida em mandado de injunção deve ter efeitos *erga omnes*, atingindo a todos que estejam sob a violação do direito por ausência de normatividade complementar, evitando, assim, a impetração de novos mandados de injunção sobre a mesma matéria como vem ocorrendo. A decisão judicial terá caráter eminentemente

normativo, obstando o ajuizamento de novas ações injuncionais sobre a mesma matéria, tendo em vista que a decisão viabilizou uma solução de continuidade, sendo correto o ajuizamento de outras ações, como o mandado de segurança, para exigir o cumprimento do direito, em caso de nova violação.

No STF encontram-se defensores dessa corrente, em especial o Ministro Gilmar Mendes, o qual foi defensor de tal desiderato, nos julgamentos dos Mandados de Injunção 670/ES e 708/DF, por exemplo, indicados como *leading case* da posição concretista geral.

Segundo Moraes (2008) essa posição tem pouca aceitação entre a doutrina, pois estaria o Poder Judiciário ocupando a função do Poder Legislativo, tornando-se flagrantemente incompatível com o sistema de separação de poderes.

3.6 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como visto anteriormente, várias são as teorias a respeito da finalidade do mandado de injunção e da natureza jurídica das decisões por meio dele produzidas. O Supremo Tribunal Federal, logo após ser instituído o referido *writ* constitucional, foi instado a se manifestar sobre várias questões emblemáticas, sem ao menos ter por referência uma lei própria que regulamentasse o instituto, rememorando que as regras a ele aplicadas foram “emprestadas” da Lei do mandado de segurança.

Nestes termos, a Suprema Corte, num primeiro momento não conheceu diversos mandados de injunção, por entender faltantes alguns pressupostos processuais. Todavia, foi no MI 107, apontado como marco jurisprudencial, que o entendimento não concretista tomou contorno e arraigou suas bases na jurisprudência do Supremo.

Após a rejeição inicial ao potencial do novo remédio constitucional, diante das críticas dos doutrinadores e discordância dos tribunais ordinários, o Supremo Tribunal Federal timidamente começou a modificar seu entendimento hermético, como aponta Cunha Júnior (2010, p. 134) “[...] decerto acuado pelo desconforto da reprovação impingida pela comunidade jurídica em geral [...]”.

Assim, o Tribunal, deixou a ideia de que lhe competia apenas prestar tutela meramente declaratória da omissão do Poder Público, galgando no MI 283-5¹⁴, alguns passos à concretização dos direitos pleiteados em mandado de injunção.

¹⁴ Ementa - Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, par. 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de

Sobre o referido MI 283-5, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que trata da omissão regulamentadora do artigo 8º, §3º¹⁵, da ADCT, Luís Roberto Barroso (2006, p. 127) tece algumas considerações:

No acórdão, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu a Suprema Corte que, em subsistindo a lacuna legislativa, após o prazo dado para a purgação da mora, seria possível ao titular obter reparação por perdas e danos. O mesmo acórdão cuidou de deixar remarcado que, além de declarar a mora do legislador, o mandado de injunção era deferido para: a) assinar o prazo de 60 dias para que se ultimasse o processo legislativo, inclusive a sanção presidencial; b) se ultrapassado esse prazo, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter contra a União, pela via processual adequada, a reparação devida; c) declarar que, prolatada a sentença condenatória, a superveniência de lei não prejudica a coisa julgada, que, entretanto, não impede o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, no que lhe for mais favorável.

Ainda sobre a mesma disposição constitucional foi impetrado novo mandado de injunção de n. 284-3¹⁶, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, em razão do escoamento

prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8º, par. 3º. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8º, par. 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável [...].

¹⁵ Art. 8º, § 3º, ADCT. Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

¹⁶ - MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - FUNÇÃO PROCESSUAL - ADCT, ART. 8º, PARAGRAFO 3º (PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA) - A QUESTÃO DO SIGILO - MORA INCONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO - EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL DA RELAÇÃO PROCESSUAL- ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" - "WRIT" DEFERIDO. - O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional - consoante tem proclamado a

do prazo definido pelo *writ* anterior, no qual fora decidido desnecessária nova comunicação ao Congresso Nacional e deferida a faculdade aos impetrantes que, de imediato, ingressassem em juízo para obter a devida reparação do dano eventualmente causado. Nesse sentido, aponta Barroso (2006, p. 128) que nessa decisão, a Suprema Corte:

- a) admitiu converter uma norma constitucional de eficácia limitada (porque dependente de norma infraconstitucional integradora) em norma de eficácia plena;
- b) considerou o mandado de injunção hábil para obter a regulamentação de *qualquer* direito previsto na Constituição, e não apenas dos direitos e garantias fundamentais constantes do seu título II.

Embora, *data venia*, tenham essas decisões rompido com a retrógrada ideia da corrente não concretista, ainda assim, “[...] se mostrou inconciliável com a natureza e a finalidade do instituto, de fazer valer imediatamente o direito frustrado pela omissão do poder público [...]” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 135), eis que não foi viabilizado o imediato exercício do direito violado pela desídia do Poder Público, limitando a Corte a reconhecer ao impetrante a possibilidade de obter, por meio da prestação jurisdicional ordinária a condenação da União, que lhe permitiria, enfim, exercer o direito pleiteado.

Neste particular, absolutamente procedente a contundente crítica do Min. Marco Aurélio, em voto que proferiu naquela injunção, vazado nos seguintes termos: “Agora vejam a situação *sui generis* - o Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o mandado de injunção - e ninguém tem dúvida quanto a isso - reconhece que, passados dois anos, até hoje não foi editada a lei de que cogita o dispositivo constitucional. Em um passo subsequente, ao invés de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação que serão futuramente disciplinados por lei, transfere essa fixação ao juízo. (...) Peço vênia, Senhor Presidente, para dissentar quanto à comunicação ao Congresso

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - impõe que se defina, como passivamente legitimado "ad causam", na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual e imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional. No caso, "ex vi" do paragrafo 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional e somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo reclamado pela norma constitucional transitória. [...] - O novo "writ" constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico "impõe" ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. - Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, "desde logo", a possibilidade de ajuizarem, "imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório. (MI 284, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/1992, DJ 26-06-1992 PP-10103 EMENT VOL-01667-01 PP-00001 RTJ VOL-00139-03 PP-00712)

Nacional de que ele está omissa (...) e dissenter, também, quanto à sentença ou o acórdão alternativo que se preconiza, contendo abertura da porta pertinente à via ordinária, isto para que o impetrante logre o que pode e deve lograr no próprio mandado de injunção. Divirjo do nobre Relator, pois devemos partir para o lançamento, de imediato, de um provimento judicial que revele os parâmetros da reparação de que cogita o texto constitucional. O texto prevê a reparação e, por isso, como disse no início do meu voto, entendo que ela deva ser a mais satisfatória possível”. (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 135-136, grifo do autor).

Pfeiffer (1999, p. 87, grifo do autor) opinou sobre uma necessária mudança na postura do Poder Judiciário para o mandado de injunção atinja sua função de viabilizar direitos impedidos pela falta de efetividade das normas, conforme aduz:

Os exemplos selecionados demonstram que a visão acanhada da finalidade do mandado de injunção colabora em grande parte para inefetividade de inúmeros direitos claramente delineados na Constituição. Assim, com a devida vênia, deve ser buscada a solução pela qual o Poder Judiciário possibilite a **viabilização** do exercício do direito subjetivo constitucional do impetrante.

Diante dessas decisões bem observa Pfeiffer (1999, p. 89, grifo nosso), não obstante tenham demonstrado maior preocupação em viabilizar direitos, ainda assim, demonstrou-se pouco eficaz. Vejamos:

Tais decisões limitaram-se a remover, formalmente (mas não substancialmente) o obstáculo à realização do direito. Isso porque remeteram os impetrantes ao juízo ordinário, sem estabelecer os parâmetros por meio dos quais seria arbitrada a indenização pleiteada. Na realidade, delegaram a outro órgão jurisdicional a tarefa de regulamentar o dispositivo constitucional, pois é evidente que o juízo ordinário necessitará estabelecer os parâmetros para o cálculo da indenização, os quais nada mais serão do que a regulamentação viabilizadora do exercício do direito constitucional em pauta. [...] Entretanto, não se pode deixar de destacar a contradição em que incorreu Supremo Tribunal Federal com essa decisão: entendeu que não poderia fixar os contornos da indenização, mas restou implícito que o juiz federal do primeiro grau a quem for submetida a demanda indenizatória poderá fazê-lo. Ademais, tal solução permite a possibilidade de decisões díspares, que confirmam de modo aleatório a cada um dos postulantes uma regulamentação diferente.

De modo semelhante decidiu o STF no Mandado de Injunção n. 232/RJ, ao declarar a mora do Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote providências suficientes para a efetivação do artigo 195, §7º da Constituição, sob pena de, permanecer inerte, passe a autora do mandado a gozar da imunidade pleiteada.

MI 232/RJ Ementa Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte,

deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. [...] O Tribunal, por maioria de votos rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da requerente, vencidos os Srs. Ministros Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Aldir Passarinho e Néri da Silveira. No mérito, o tribunal, por maioria, conheceu em parte do mandado de injunção e nessa parte o deferiu para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar, decorrente do art. 195, parágrafo 7º da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem legislar, passe a requerente a gozar da imunidade requerida, vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, que o deferiam, em termos diversos. Votou o Presidente. Plenário, 2-08-91.

Com a nova roupagem adquirida na composição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o entendimento já não enrijecido da Corte, sofreu uma flexibilização maior no MI 708/DF sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tendo sido julgado procedente o referido mandado de injunção, adotando os efeitos da posição concretista geral. (MORAES, 2008).

O Supremo, diante da significativa mora legislativa em regulamentar o direito de greve do setor público, supriu a lacuna legislativa, aplicando a regra do setor privado aos servidores públicos, podendo ser adotado em regime mais severo nos casos de serviço essencial.

Nesse mesmo sentido seguiram-se os Mandados de Injunção 670/ES e 712/PA. Em resumo, cita-se o informativo nº 485 do STF, referente ao período de 22 a 26 de outubro de 2007, que trouxe a notícia referente aos mandados de injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA:

O Tribunal concluiu julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF [...] No MI 670/ES e no MI 708/DF prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes. Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido. Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora 'solução constitucionalmente obrigatória'. [...]. Assim, tendo em conta que ao legislador não

seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional.

Apesar de inicialmente o STF ter adotado a posição não concretista, esse entendimento, encontra-se atualmente superado, conforme se verifica no julgamento do MI 2051/DF em vários outros (MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF), a Ministra Cármen Lúcia afirmou que:

[...] o mandado de injunção é ação constitucional de natureza mandamental, destinada a integrar a regra constitucional ressentida, em sua eficácia, pela ausência de norma que assegure a ela o vigor pleno. A respeito da decisão integrativa do mandado de injunção, escrevi: a ação de mandado de injunção realiza-se como eixo integrador da relação jurídica formulada pela regra constitucional estatuidora do direito, liberdade ou prerrogativa e o seu exercício. Como ordem formal de integração da regra constitucional, o mandado expedido pela ação torna plenamente eficaz o que a letra da lei fez dependente de plenificação de conteúdo por norma, cuja ausência comprometeu a existência mesma da regra e obistou, inicialmente, o exercício. A eficiência total do direito faz-se imposição por via da ordem exarada na ação de injunção e passa a valer a se exercer direito, a liberdade ou prerrogativa constitucional segundo o modelo cunhado judicialmente nesse remédio. O mandado expedido na ação em causa torna definido, certo e concreto o comando normativo constitucional, inteirando-o em sua conceituação e possibilitando a plena produção dos seus efeitos típicos para o impetrante. O que se busca, pois, no mandado de injunção é que o Poder Judiciário integre a regra jurídica constitutiva ou assecuratória do direito ou prerrogativa enfocada na hipótese concreta com os elementos de que carece para que possa ter inteira aplicação e com os meios que lhe faltam para que possa ser plenamente efetivada nos termos constitucionalmente previstos e que persistem como lacunas por balda de norma prevista e que não adveio [...].

Por fim, importa ressaltar as palavras do Ministro Marco Aurélio relator no Recurso Extraordinário 565.089-SP:

[...] A virada jurisprudencial na interpretação dos limites do mandado de injunção deve ser vista sob prisma mais largo. Representa o inconformismo do Tribunal com a omissão inconstitucional e a criação de soluções para o problema que superem o singelo – e tantas vezes inócuo – apelo ao legislador. **É chegado o momento de superar a conhecida ‘síndrome da inefetividade das normas constitucionais’** [grifo nosso].

Não obstante, tenha-se reconhecido a instrumentalidade do mandado de injunção, as decisões proferidas pela Suprema Corte são ainda polêmicas e ressoam discussões na doutrina.

3.7 DO MANDADO DE INJUNÇÃO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

Como visto no item 3.5, foi levantada a questão da harmonia dos poderes como obstáculo à viabilização de direitos pelo Poder Judiciário dos direitos, por meio do mandado de injunção.

Convém ressaltar, de antemão, que o Poder é uno e que a “divisão” nos moldes em que se afigura hoje a Separação de Poderes, refere-se às funções desempenhadas pelos órgãos estatais, autônomos e independentes entre si, notadamente o legislativo, o executivo e o judiciário.

Pedro Lenza (2013) aduz que as primeiras bases teóricas para a Separação de Poderes foram idealizadas por Aristóteles, que vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano e encontravam-se essas funções concentradas na mesma figura.

Consoante os ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari (1998) não foi na teoria de Aristóteles que a concepção moderna da separação de poderes foi buscar inspiração, e as ideias foram mudando de forma com o desenvolver do Estado. Aponta que no século XIV, Marsílio de Pádua faz uma distinção entre o poder legislativo e executivo, representados em posições antagônicas, pelo povo como primeiro legislador e o príncipe na função executiva.

Maquiavel em sua obra “O Príncipe”, deixa a entender que no século XVI já se encontrava na França uma tripartição de poderes, nas figuras do parlamento, do rei e um judiciário independente. Nessa concepção de Maquiavel, Dallari (1998, p. 78, grifo do autor), faz uma importante observação:

É curioso notar que MAQUIAVEL louva essa organização porque dava mais liberdade e segurança ao rei. Agindo em nome próprio o judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.

No século XVII, Locke realizou a primeira sistematização doutrinária da separação de poderes, baseando-se no Estado inglês, apontou a existência de quatro funções fundamentais exercidas por dois órgãos do poder, o parlamento e o rei (DALLARI, 1998).

“Finalmente, com MONTESQUIEU, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si [...]” (DALLARI, 1998, p. 78, grifo do autor). Nessa concepção, é indispensável a organização do Estado em três funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis.

Dallari (1998) afirma ainda, que ao definir atribuições tão estritas ao Estado, enfraquecendo-o, Montesquieu não estaria preocupado com a sua eficiência, imputando mais importância para a separação tripartida de poderes, como uma garantia das liberdades individuais, tendo em vista o contexto de regimes totalitários que antecederam a formação do Estado liberal burguês.

A tripartição de poderes como sistema indispensável à garantia das liberdades individuais passou a integrar o movimento constitucionalista, sendo hoje consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, associando-se intrinsecamente à ideia de Estado Democrático.

Dallari direciona algumas críticas a esse sistema, afirmando que se trata de mero formalismo, jamais tendo sido realmente praticado, guardando apenas uma relação de aparência. Assim, explica o autor:

A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. **Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação** (1998, p. 79, grifo nosso).

Afirma ainda, Dallari (1998), que o sistema empreendido pela separação de poderes não foi capaz de assegurar a liberdade dos indivíduos ou mesmo o caráter democrático do Estado.

[...] A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes. **Apesar desta, houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam de fato com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação de poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo. Assim, pois, a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado.** (DALLARI, 1998, p. 79, grifo nosso)

Frisa-se, que tal teoria foi concebida numa época em que se buscavam a mínima interferência do Estado na vida social, a não ser como “vigilante e conservador” de determinadas situações estabelecidas pelos próprios indivíduos (DALLARI, 1998).

Posteriormente com a difusão dos direitos fundamentais, bem como a concepção de um neoconstitucionalismo associado ao garantismo e máxima aplicação desses direitos, afirma Daniel Giotti de Paula (2013) que necessário se faz vislumbrar uma nova concepção de separação de poderes, defendendo a possibilidade de um maior diálogo entre direito e política.

Adota-se, assim, a tese de que a separação dos poderes é um conceito em crise. No entanto, estudar esse fenômeno não implica agasalhar um discurso de severas críticas à invasão do direito pela política. **A questão está em abandonar a separação de poderes como um modelo puro, de alcance universal, estagnado conforme o *design* constitucional escolhidos pelo Poder Constituinte originário, a retratar a função de cada um dos órgãos políticos sob um prisma formal** (PAULA, 2013, p. 280-281, grifos nossos).

Dessa forma, a separação de poderes, nas formulações clássicas, possui aplicação mitigada, em razão de conceberem uma tripartição de poderes, quando atualmente se falam em cinco, sei ou até mais exercendo funções estatais. (PAULA, 2013).

Nessa temática ganha espaço o mandado de injunção, quando observado sob o prisma da efetividade constitucional, no controle concreto de violações aos direitos assegurados na Constituição, impedidos de produzir seus efeitos por causa da omissão inconstitucional do próprio Poder Público.

Conforme Pfeiffer (1999, p. 108) “no caso do mandado de injunção opera-se controle de uma inatividade dos outros poderes pelo Judiciário. Entretanto, não há sobreposição, mas apenas a verdadeira aplicação do princípio de freios e contrapesos [...]”. Destarte, competindo ao próprio Estado a efetivação das normas constitucionais, tem-se por consequência que cada um dos poderes constituídos, deve cumprir seu dever. Todavia se um deles deixa de cumprir sua função é natural que, desde que autorizados pelo sistema constitucional, os outros “poderes” exerçam controle sobre esse descumprimento.

Com efeito, pela posição não concretista afere-se que não há violação do princípio da separação de poderes, no entanto, verifica-se a violação de direitos estatuídos pela Constituição. Pela teoria não concretista nega-se a vontade do legislador constituinte em nome de um formalismo que já não se amolda à realidade de constitucional contemporânea.

No concernente à posição concretista, sua aceitação é majoritária pela doutrina, e encontra fundamento em algumas decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal.

O papel desempenhado pelo Poder Judiciário no mandado de injunção deve ser visto dentro do sistema de controles recíprocos, não somente como uma atividade de censura, mas também como atividade de concretização de direitos, que por meio da interpretação

constitucional fornece parâmetros regulamentares suficientes para a viabilização do exercício de determinado direito pleiteado pelo impetrante. (PFEIFFER, 1999).

Pfeiffer (1999) destaca que a regulamentação realizada pelo Poder Judiciário deve possuir caráter subsidiário e provisório, uma vez que, deverá ser substituída pela ação legiferante do Poder Legislativo ou por ato administrativo do Poder Executivo, dependendo da omissão.

Desse modo, continua o autor:

[...] não há qualquer possibilidade de o Poder Judiciário sobrepor-se aos demais poderes: bastará ao órgão incumbido a atribuição de regulamentar o direito que embasou a impetração do mandado de injunção cumprir seu dever, que se operará de imediato a substituição de regulamentação provisória realizada pelo Poder Judiciário pela regulamentação definitiva levada a cabo pelo ente originariamente competente para tanto. (PFEIFFER, 1999, p. 109)

Sobreleva notar que a fonte do direito subjetivo do autor do *writ* injuncional não é a regulamentação em si, mas sim a própria norma constitucional, mesmo sendo ela de eficácia limitada, pois o direito por ela veiculado não é criado pelo juiz ao julgar procedente pedido em mandado de injunção. O direito foi instituído pelo texto constitucional, o que inexiste é a possibilidade de seu exercício. Desse modo o Judiciário não exerce uma função criadora de direito inexistente, “[...] mas, de uma criativa utilização do ordenamento jurídico para implementação de um direito positivado na Constituição” (PFEIFFER, 1999, p. 111).

No entanto como já visto anteriormente, mesmo na corrente concretista há dissensões entre doutrinadores e Ministros do STF. A discussão toma outros ares quando se trata da teoria concretista geral.

Para grande parte dos juristas e doutrinadores, a decisão procedente que confere efeitos *erga omnes* no mandado de injunção, é vista com ressalvas e não possui muitos adeptos, todavia o STF já sinalizou essa possibilidade no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, por exemplo, que viabiliza aos servidores públicos o direito de greve, aplicando por analogia, no que couber, a legislação que regula a greve no setor privado.

Nesse sentido cita-se, em parte, a ementa do MI 712/PA:

[...] O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado

de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil [...].

Essa postura do Supremo é defendida pela doutrina contemporânea como sendo uma mudança positiva no papel institucional do Poder Judiciário, se desassociando da figura do legislador negativo, difundida por Kelsen.

Nesse sentido o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes é um dos que militam em favor da quebra desse paradigma, como se percebe por seu voto proferido no MI 670/ES.

Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de 'omissão judicial' [...] Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislado positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo [...].

Nesse contexto das decisões que versam sobre os efeitos *erga omnes* conferidos na temática dos mandados de injunção impetrados em favor direito de greve dos servidores públicos, o Ministro Gilmar Mendes argumenta em favor de seu voto o seguinte:

[...] Ao desenvolver mecanismos para a apreciação dessa proposta constitucional para a omissão legislativa, creio não ser possível argumentar pela impossibilidade de se proceder a uma interpretação ampliativa do texto constitucional nesta seara, pois é certo que, antes de se cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa da Constituição, é dever do intérprete verificar se, mediante fórmulas pretensamente alternativas, não se está a violar a própria decisão fundamental do constituinte. **No caso em questão, estou convencido de que não se está a afrontar qualquer opção constituinte, mas, muito pelo contrário, se está a engendrar esforços em busca de uma maior efetividade da Constituição como um todo [...]** (MI 708/DF, grifo nosso).

Noutro norte, Alexandre de Moraes (2008), em referência ao artigo 2º da Constituição Federal, o qual dispõe que o Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si, assinala que a Constituição adotou a doutrina constitucional norte-americana do *check and balances*, prevendo distintas funções estatais para cada “poder”, instituindo um complexo sistema de freios e contrapesos a fim de harmonizá-los, bem como para dificultar o arbítrio estatal.

O referido autor, partidário da corrente concretista individual intermediária, afirma inexistir incompatibilidade da posição por ele sustentada e a teoria da separação de poderes, conforme aduz:

Dessa forma, plenamente conciliável o art. 5º, LXXI (conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania) e o artigo 5º, XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), com o artigo 2º (são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), todos da Constituição Federal, pois o Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, deverá evitar a ameaça ou a lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrentes da omissão do Poder competente, declarando a existência da omissão e permitindo que o prejudicado usufrua da norma constitucional, nos moldes previstos na decisão, enquanto não for colmatada a lacuna legislativa ou administrativa (MORAES, 2008, p.177).

Conclui, Moraes (2008), que agindo dessa forma, não estará o Poder Judiciário regulamentando abstratamente a constituição, como na decisão com efeitos *erga omnes*, mas também não estará se furtando de resguardar os direitos e garantias fundamentais.

Também partidário da posição concretista individual intermediária, salienta Michel Temer (2008, p. 214) que “[...] o Judiciário não legislará nem substituirá o legislador competente. Declarará o direito”. Explica o jurista, que o mandado de injunção é cabível quando a ausência de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos. O direito pleiteado no *writ* é dependente de norma integrativa. Malgrado sejam elas dependentes de regulamentação, ainda sim, é possível extrair direitos, direitos esses que podem ser viabilizados pela tutela jurisdicional, quando caracterizada a omissão do órgão competente. Conclui Temer (2008, p. 214):

Assim, em mandado de injunção o Judiciário estaria declarando o direito, tendo a sentença força mandamental. Tal forma de proceder não caracterizaria legislação, mas exercício da jurisdição na forma ampliada, tal como fixado pela nova Constituição. Deferiu-se ao Judiciário nova e importante missão: a de impedir que a omissão de autoridade regulamentadora vulnere direitos indefinidamente.

Diante do exposto, observa-se que há sim um desequilíbrio na harmonia dos Poderes, na medida em que um deles não cumpre sua função constitucional. Essa omissão inconstitucional gera um direito subjetivo ao jurisdicionado, que recorre ao órgão competente para apreciação da lesão do direito. “Entretanto, apesar da patente inadequação da organização do Estado, a separação de poderes é um dogma, aliado à ideia de democracia, daí decorrendo o temor de afrontá-la expressamente [...]” (DALLARI, 1998, p. 80).

3.8 DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Instituído no ordenamento jurídico para combater o que a doutrina chama de “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”, o mandado de injunção alcançou pouca glória no início dessa espinhosa tarefa, em razão de interpretações restritivas em prol da temática da Separação de Poderes.

“Para as correntes tradicionalistas, o Poder Judiciário, ao proceder ao controle da constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, para não comprometer o princípio da separação dos poderes, deve apenas *legislar negativamente*” (CAMBI, 2009, p. 289-290, grifo do autor).

Nessa concepção, continua o autor, pode apenas, o órgão jurisdicional, reputar lei inconstitucional, deixando de aplicá-la no caso concreto ou invalidá-la com eficácia *erga omnes*. Partilhando desse entendimento, é possível encontrar casos teratológicos como o já citado MI 107, em que o próprio STF, se disse impotente para concretizar um direito, equiparando o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Não se pode esperar do Poder Judiciário e intérpretes em geral, tão somente a descrição do significado da norma, mas especialmente, a reconstrução de sentidos, para aplicar o ordenamento jurídico ao caso concreto.

“[...] O objeto da ação de mandado de injunção não é o de mero acerto da omissão do poder público, pois, neste caso, a garantia do exercício do direito fundamental continuará sem garantia” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 137).

Cambi (2009) aduz que a dependência estrita ao texto normativo inviabiliza a concretização da Constituição. Assim, se os direitos não podem ser efetivados em razão de omissões legislativas, cabe ao Judiciário “dizer” o direito no caso concreto.

De qualquer modo, não basta que o Judiciário reconheça a ausência da norma. Para fazer cumprir a Constituição, deve assegurar a efetivação dos direitos fundamentais aos casos concretos, impedindo qualquer lesão ou ameaça de lesão a tais direitos (art. 5º, XXXV da CF/1988). Em outras palavras, em um Estado Constitucional de Direito, os conflitos insuperáveis devem ser resolvidos, pela via interpretativa, mediante a ab-rogação ou a anulação das normas inválidas ou, em caso de lacuna, pela introdução da norma faltante. **Afinal na ausência de leis, excluir a possibilidade da integração judicial do ordenamento jurídico teria como consequência o esvaziamento dos direitos reconhecidos na Constituição. Logo o dogma de que Judiciário deve atuar apenas como legislador negativo pode ser rompido toda vez que, reconhecendo a inefetividade de um direito fundamental, seja assegurada a sua realização concreta** (CAMBI, 2009, p. 295, grifo nosso).

Consoante aponta grande parte da doutrina, a vontade do legislador constituinte ao introduzir o mandado de injunção no ordenamento jurídico, objetivou fazê-lo para que direitos não fossem obstaculizados em razão de normas cuja completude encontra-se prejudicada pela inação do Poder Público, colocando ao alcance de todos os cidadãos legitimados o direito fundamental de receber uma tutela jurisdicional satisfatória em face da violação.

Gilmar F. Mendes e Paulo Gustavo G. Branco (2013, p. 1268) denotam que a omissão do Poder Legislativo, por exemplo, não só pode, como deve ser submetida à apreciação e censura do Judiciário “[...] de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. I a).

Outro obstáculo enfrentado pelo *writ*, segundo Maria Cecília Cury Chaddad (2011) está na rigidez de seus pressupostos. Afirma a autora que para alcançar a máxima efetivação das normas constitucionais por meio do mandado de injunção, o instrumento deveria ser admitido sempre que o impetrante se deparasse com obstáculos ao exercício de direitos e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania, mesmo nos casos em que há norma que o regulamente.

Flávia Piovesan, nesse diapasão sustenta que o mandado de injunção terá cabimento tanto quando há omissão parcial, como quando há uma norma inconstitucional regulando o disposto na constituição. **Para ela, ‘pode-se afirmar que a norma regulamentadora inconstitucional é equiparável à ausência de norma regulamentadora, pela ineficácia da regra de direito contrária à Constituição’ pela ofensa ao princípio da isonomia.** (PIOVESAN, 2000, p. 137 apud CHADDAD, 2011, p. 107, grifo nosso).

Nesse caminho a autora, defende que, por ser o objetivo do mandado de injunção assegurar o exercício do direito ou prerrogativa constitucional, o interesse de agir do *writ* consiste, portanto, na inviabilidade causada pela ineficiência da norma ou pela ausência desta, devendo o Poder Judiciário pautar-se na hermenêutica da máxima efetividade das normas constitucionais, na inafastabilidade do Judiciário frente ao princípio do acesso à justiça, no fundamento da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo e na aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais prevista no artigo 5º, §1º, da Constituição (CHADDAD, 2011).

Importante assinalar que, na concepção de Neves (2013) inútil se tornará o mandado de injunção com a eventual colmatação dos “espaços” constitucionais, eis que o instituto é

marcado pela transitoriedade, perdendo sua função no ordenamento com o despertar do Poder Público de seu sono.

Diante de toda discussão sobre o tema, Luís Roberto Barroso (2007, p. 132) expõe sua crítica opinião a respeito da ação constitucional tratada:

[...] o **mandado de injunção, na atual quadra, tornou-se uma complexidade desnecessária**. Mais simples, célebre e prática se afigura a atribuição, ao juiz natural do caso, da competência para a integração da ordem jurídica, quando necessária para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação.

O autor chega ainda, a propor Emenda à Constituição, que revoga o inciso LXXI, do artigo 5º da Constituição Federal, acrescentando ao §1º do mesmo artigo, uma redação simplificada, para que na falta de norma regulamentadora que inviabilize direito, decida o juiz competente com base na analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Infelizmente o mandado de injunção tornou-se, de fato, complexo demais na prática, levando Gilmar F. Mendes e Paulo Gustavo G. Branco (2013, p. 1152), a duvidarem da perspectiva de se encontrar respostas satisfatórias sobre o tema, mesmo depois de tantas discussões:

Não obstante o hercúleo esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada. Sem querer arriscar uma profecia, pode-se afirmar, com certa margem de segurança, que ela hão de continuar sem uma resposta satisfatória ainda por algum tempo!

Ao conferir ao *writ* injuncional o *status* de direito fundamental, o constituinte atribuiu-lhe proteção e importância, infere-se nessa sistemática, que não é lícito pensar que o mandado de injunção fora disposto em vão, atendendo-se ao fato de a Constituição em tese não prevê palavras inócuas e que o legislador originário vê além de seu tempo.

Em âmbito jurídico, não há avanço maior do que o de assegurar efetividade ao texto constitucional, com a realização concreta dos seus comandos no mundo dos fatos. E isto pela constatação óbvia de que o legislador constituinte é, invariavelmente, mais progressista que o legislador ordinário. Dai porque se devem esgotar todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, se ficar no aguardo dos agentes infraconstitucionais. [...] Em busca desse desiderato, é importante difundir uma concepção do Direito Constitucional dotada de rigor científico, com a apropriada utilização de princípios, conceitos e elementos interpretativos. Esta é a única forma de isolá-lo do que se poderia chamar de **charlatanismo constitucional**, que é o discurso constitucional inteiramente dissociado do direito, desenvolvido em nível puramente retórico, com vulgaridade e insciência (BARROSO, 1994, p. 61, grifo do autor).

“O direito é que não pode ficar à espera do legislador ordinário, como o amanhecer à espera do sol, se foi o próprio povo, através do poder constituinte, que o criou, para ser exercido e desfrutado, sem percalços ou óbices de qualquer ordem” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 141).

Destarte, cabe ao mandado de injunção servir de instrumento apto a remover obstáculos que comprometem os efeitos pretendidos pela Constituição, para que suas normas não se tornem letra morta, mas que possibilite, a todos quantos necessitarem, a concretização de seus direitos. Devendo-se perquirir, “[...] quando da análise dos mandados de injunção impetrados, conferir às normas constitucionais a sua máxima eficácia [...]” (CHADDAD, 2011, p 115).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dos estudos realizados percebe-se que o mandado de injunção é um instrumento processual *sui generis* ainda pouco compreendido, apesar de quase 30 anos após sua existência por meio da Constituição Federal de 1988.

Durante muito tempo sua finalidade foi negligenciada pelos tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, ao conferir efeitos semelhantes ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, enquanto que o mandado de injunção foi idealizado para a concreta viabilização de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, obstados por falta de norma regulamentadora.

A ação constitucional apresentou-se, como medida mais acessível na concretização de direitos subjetivos, enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão busca o controle abstrato da norma constitucional.

Disso, infere-se que a Constituição atribuiu função de destaque ao mandado de injunção, encarregando-o de conferir o exercício dos direitos viabilizados em suas normas, no enfrentamento da síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Todavia, o que deveria ser o remédio para uma doença acabou se tornando um problema, sendo visto como se o legislador constituinte tivesse pensado apenas em uma cura, mas não em seus efeitos colaterais.

A doutrina se divide: para uns o mandado de injunção é um instrumento judicial desnecessário, para outros é tido como instrumento análogo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e outra parte o vê como verdadeira expressão de um direito fundamental.

Conforme se infere do estudo realizado, o mandado de injunção pela teoria não concretista, não atende aos objetivos pretendidos pela Constituição, sendo incapaz de viabilizar os direitos aclamados por seus jurisdicionados, subsistindo a inconstitucionalidade omissiva provocada pela inércia do Poder Público e, conseqüentemente, o desrespeito à norma fundamental.

Desse modo, conclui-se que, à decisão em mandado de injunção deve ser atribuído efeito concreto. No entanto, não se pode admitir que os Tribunais competentes para julgar o feito, ao reconhecer a necessidade de viabilização do direito, lancem sobre outro o ônus de definir os contornos para o seu exercício, como assim procedeu o STF em algumas decisões, obrigando seus jurisdicionados a ingressarem novamente em juízo (via ordinária) para obterem outra decisão capaz de proporcionar o exercício de seus direitos.

Pela teoria concretista individual intermediária, o impetrante deve esperar o escoamento do lapso temporal conferido à autoridade competente para elaboração da norma integradora, que permanecendo inerte, autorizaria o Poder Judiciário a suprir o vazio normativo com regulamentação supletiva, enquanto perdurar a omissão. Pela perspectiva dessa teoria não há abalo a harmonia dos Poderes, todavia pela ótica da efetividade máxima da Constituição e pela natureza do instituto, tem-se que essa posição não é totalmente satisfatória, tendo em vista o entendimento de que não caberia ao mandado de injunção determinar prazo para que o legislador legisle.

Sob o enfoque da posição concretista individual direta, confere-se mais agilidade ao mandado de injunção, eis que na procedência da ação, o Juiz ou Tribunal pode desde já, entregar a regulamentação provisória às partes envolvidas no processo, sem que para isso precise conceder prazo ao Poder competente para edição da norma, por entender já configurada a mora, podendo o jurisdicionado usufruir da decisão para o exercício do direito.

Pela teoria concretista geral, abre-se vista para a doutrina da efetividade máxima. Alguns autores, como visto, atribuem a essa atuação do Poder Judiciário, a conduta de legislador positivo na proteção dos interesses constitucionais ou como argumentam outros, o dever do exercício de controle da omissão dos demais Poderes, implícito na Constituição, como sendo uma evolução do constitucionalismo brasileiro.

No entanto, tal postura também é vista com maus olhos em se tratando da harmonia entre os Poderes, diante da alegação de que o Judiciário não possui essa atribuição.

Observa-se, que na constância do mandado de injunção, a adoção dos efeitos *ultra partes*, é justificada de maneira excepcional, sendo tal assertiva prevista, inclusive no já citado Projeto de Lei que prevê a regulamentação do remédio constitucional, cujo trâmite ainda espera votação no Senado Federal.

Considerando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF), e que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (art. 4º, da LINDB), não pode o juiz se escusar da função jurisdicional.

Ainda pelos princípios de hermenêutica constitucional, deve o intérprete conferir a máxima efetividade ao aplicar a norma, não se restringindo apenas ao que está expresso no texto, mas considerar o que se encontra implícito considerando os princípios e objetivos fundamentais da Constituição.

Sobre a violação ao princípio da Separação de Poderes, busca-se o entendimento de que não se pode tê-lo como preceito absoluto, em razão do complexo sistema jurídico

brasileiro, visto que há constante interpenetração de funções entre um Poder e outro. Sendo necessário o controle dos atos de um Poder quando este não cumpre sua função, que no caso do mandado de injunção, refere-se a um controle constitucionalmente assegurado.

Diante do exposto, o mandado de injunção não deve ser visto como algo desnecessário no ordenamento jurídico, mas como uma possibilidade de se garantir efetividade às normas constitucionais.

Feitas as considerações derradeiras, importa ressaltar que no presente trabalho não se buscou esgotar o tema, chegando-se a conclusões absolutas. Muito pelo contrário, da análise verifica-se que o tema necessita de atenção por parte da comunidade jurídica, tendo em vista que ainda se trata de matéria controversa, diante das facetas de um neoconstitucionalismo e do polêmico ativismo judicial que se insere no contexto social de uma crise política e na vivência jurídica de uma nova era constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Marília Costa. **Mandado de injunção**: instrumento concretizador de direitos constitucionais. 2007. Monografia (especialização em Direito) – Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2007. Disponível em: <[http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografia/d.constitucionald.processual.constitucional/mandado.de.injuncao.instrumento.concretizador.d.e.direitos.constitucionais\[2007\].pdf](http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografia/d.constitucionald.processual.constitucional/mandado.de.injuncao.instrumento.concretizador.d.e.direitos.constitucionais[2007].pdf)>. Acesso em: 04 jan. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A efetividade das normas constitucionais revistadas**. 1994. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46330/46902>>. Acesso em 01 dez. 2015.

_____. **Curso de direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 05 fev. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 05 fev. 2016.

_____. **Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1533.htm>. Acesso em: 08 jan. 2016.

_____. **Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm>. Acesso em: 08 jan. 2016.

_____. **Lei nº 8.030, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm>. Acesso em: 08 jan. 2016.

_____. **Projeto de Lei 6.128/2009**. Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AB604BF769FB69B5D675414606E1F95B.proposicoesWeb1?codteor=697234&filename=PL+6128/2009>. Acesso em 20 de dez. 2015.

____. **Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/1208/1144>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção**: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

CURY, Maria Cecília Paiva. **O mandado de injunção como instrumento de controle da omissão parcial**: a busca pela maior efetividade das normas constitucionais. 2005. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=500>. Acesso em 04 set. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. São Paulo: Método, 2013.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FALLET, André Luiz Fernandes (org); PAULA, Daniel Giotti de (org); NOVELINO, Marcelo (org). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2013.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

SALEME, Edson Ricardo; AMORIM, José Roberto Neves (org.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Manole, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editoriais, 2008.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de injunção 670-9 Espírito Santo**. Relator Ministro Gilmar Mendes, tribunal pleno, julgado em 25/10/2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em 05 fev. 2016.

____. **Mandado de Injunção 712-8 Pará**. Relator Min. Eros Grau, tribunal pleno, julgado em 25/10/2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em 05 fev. 2016.

____. **MI 2051 DF**. Relatora Min. Cármen Lúcia, tribunal pleno, julgado em 19/12/2009. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7143462/mandado-de-injuncao-mi-2051-df-stf>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

____. **MI 708 / DF**. Relator Min. Gilmar Mendes, tribunal pleno, julgado em 25/10/2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

____. **Recurso Extraordinário 565.089 São Paulo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565089.pdf>>. Acesso em 05 fev. 2016.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

OBRAS CONSULTADAS

ARAÚJO, Anecley de Souza França. **A busca da efetividade da constituição através do mandado de injunção**. Revista da Esmese, Aracaju, n. 7, p. 269-282, 2004. Disponível em: <<http://www.esmese.com.br/revistas.htm>>. Acesso em 27 jan. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Câmara aprova projeto que regulamenta mandado de injunção**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/484319-CAMARA-APROVA-PROJETO-QUE-REGULAMENTA-MANDADO-DE-INJUNCAO.html>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

FURRASTÉ, Pedro August. **Normas técnicas para o trabalho científico**: explicitação das normas da ABNT. 16 ed. Porto Alegre: Dactilo Plus, 2012.

JÚNIOR THEODORO, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. 55 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.